Der militärische Befehl als Schuldausschliessungsgrund im schweizerischen Militärstrafrecht

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG
DER WÜRDE EINES DOCTOR JURIS UTRIUSQUE
DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

KARL EBERLE

AUS ST. GALLEN

Typarysatz und Offsetdruck der Polygraphischen Gesellschaft Laupen bei Bern
1930

Der militärische Befehl als Schuldausschliessungsgrund im schweizerischen Militärstrafrecht

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG
DER WÜRDE EINES DOCTOR JURIS UTRIUSQUE
DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

KARL EBERLE
AUS ST. GALLEN

Typarysatz und Offsetdruck der Polygraphischen Gesellschaft Laupen bei Bern
1930

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSVERZEICHNIS.

Seite

§ 1. Einleitung 7

A. THEORETISCHER TEIL.

§ 2. Der militärische Befehl 10
I. Rechtliche Grundlagen des Befehls 10
II. Begriff und Arten des militärischen Befehls 12
a) Definition 12
b) Arten des Befehls 14
c) Dauer des Befehls 17
III. Die Form des Dienstbefehls 20
§ 3. Der rechtmässige und der rechtswidrige Befehl 21
I. Der rechtmässige Befehl 21
a) Die formelle Rechtmässigkeit 22
b) Die materielle Rechtmässigkeit 25
II. Der rechtswidrige Befehl 29
§ 4. Die Wirkung des rechtswidrigen Befehls für den Untergebenen . 37
I. Der rechtswidrige Befehl als Rechtfertigungsgrund . . . 38
II. Der rechtswidrige Befehl als Schuldausschliessungsgrund . 44
a) Notstand und Zwang 46
b) Irrtum und selbständiger Entschuldigungsgrund . . . 48

B. PRAKTISCHER TEIL.

Entwicklung und Lösung der Frage im schweizerischen Militärstrafrecht 53
§ 5. Historisches bis zum Militärstrafgesetzbuch 1851 53
§ 6. Der Artikel 30 des Militärstrafgesetzbuches 1851 56
§ 7. Die Weiterentwicklung bis zum heutigen Militärstrafgesetzbuch . 67
I. Revisionsarbeiten und Entwürfe 67
II. Der Artikel 18 des geltenden Militärstrafgesetzes 69
a) Allgemeines 69
b) Besonderheiten 74

Seite

§ 8. Die Prüfung des Befehls durch den Untergebenen 83
I. Allgemeines 83
II. Die Prüfungspflicht 85
III. Das Prüfungsrecht 95
§ 9. Schlussbetrachtungen 96
Wertung der heutigen Regelung vom militärischen Standpunkt aus . 96
I. Die militärischen Erfordernisse 96
II. Der Art. 18 in der Praxis 101

Literatur.

Achermann, Die Stellung des Wehrmanns im bürgerlichen Recht. Diss. Bern 1924.

Altdorfer, Die Dienstverweigerung nach schweizerischem Militärstrafrecht. Diss. Zürich 1929.

Beerli, Notstand und Notwehr im schweizerischen Militärstrafrecht. Diss. Zürich 1925.

Binding, Grundriss des Strafrechtes. Allgemeiner Teil. Leipzig 1890.

Bluntschli, Allgemeine Staatslehre, I. Band. Stuttgart 1875.

Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft. Basel 1927.

Ernst, Das Handeln auf Befehl im Militärstrafrecht. Diss. Zürich 1923.

Feldmann, Rechtmässige Handlung im Sinne des Art. 25 des schweizerischen Strafgesetzentwurfes. Diss. Zürich 1916.

Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Tübingen 1923.

Frei, Die Verantwortlichkeit des Schweizer Offiziers.

Gerber, Demokratie und Militarismus. Sozialpolitische Zeitfragen der Schweiz. Zürich 1913.

Gertsch, Disziplin oder Abrüsten! Bern 1895.

Gugger, Der Missbrauch der Dienstgewalt nach schweizerischem und deutschem Militärstrafrecht. Diss Bern 1911.

Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Berlin 1926.

— Vorentwurf des schweizerischen Militär-Strafgesetzbuches mit Motiven. 1918.

Hürlimann, Haftung des Bundes für im Militärdienst entstandenen Schaden. Zürich 1925.

Im Hof, Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, in: Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins. 1929.

Junk, Das Verbrechertum im Kriege. Leipzig 1920.

Jünger, In Stahlgewittern. Berlin 1922.

Kelsen, Allgemeine Staatslehre. Berlin 1925.

Kaegi, Der Waffengebrauch des Militärs in der Schweiz. Zürich 1913.

Lenzlinger, Die schweizerische Militärstrafgerichtsbarkeit. Aarau 1928.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin und Leipzig. 22. Aufl. 1919.

Mayer M. E., Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil. Heidelberg 1915.

— Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten. Strassburger Festschrift für Laband. 1908.

Mettler, Das Absehen von Strafe. Zürich, Diss. 1929.

Nanz, Befehlsberechtigung und Gehorsamspflicht im schweizerischen Militärstrafgesetzbuch. Diss. Zürich 1916.

v. Nostitz-Wallwitz, Das militärische Delikt des Ungehorsams. Leipzig 1906.

Renn, „Krieg". Frankfurt a. M. 1928.

Rieter, Das militärische Delikt des Ungehorsams nach schweizerischem Militärstrafrecht. Leipzig, Diss. 1911.

v. Seekt, Gedanken eines Soldaten. Berlin 1928.

Stooss, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Bd. I. Basel 1892.

— Die schweizerischen Strafgesetzbücher. Basel 1890.

v. Thur, Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. Bd. I. Tübingen.

Schmid, Die militärische Strafgesetzgebung und Rechtspflege des alten Standes Bern. Diss. Bern 1922.

Zeitschriften.

Allgemeine schweizerische Militärzeitung:
1929, Nr. 3, *Kaiser:* Offizier und Mann.
1929, Nr. 11, *Frick:* Als Korporal im Aktivdienst.
1929, Nr. 9, *Muff:* Kriegswissenschaft und Kriegserlebnis.
Bund, Nr. 214, 11. Mai 1929.
Zeitschrift des Berner Juristenvereins, Bd. 64, I.
Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 28 und 36.
Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 57.

Andere Quellen.

Bericht der Kommission über die Gewalttätigkeiten deutscher Truppen. Lausanne 1915.
Bericht über die Meuterei am Gotthard. 1915.
Botschaft des Bundesrates zu einem schweizerischen Militärstrafgesetz vom 30. Mai 1884 (Botschaft 1884).
Botschaft des Bundesrates zu einem schweizerischen Militärstrafgesetz vom 26. November 1918 (Botschaft 1918).
Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.
Dienstreglement für die Schweizertruppen 1900/1908 (D. R.).
Entscheidungen des Militär-Kassationsgerichtes 1915/1925.
Entscheide der Militärgerichte 1914/1916, herausgegeben vom Armee-Auditor.
Exerzier-Reglement für die Infanterie. 1908.
Felddienst-Ordnung 1914 und Vorschriften für den Felddienst 1927 (FD).
Militärorganisation 1908 (MO).
Sammlung der Entscheide des Bundesgerichts.
Stenographisches Bulletin des Ständerates aus den Jahren 1921—1927.
Stenographisches Bulletin des Nationalrates aus den Jahren 1921—1927.

§ 1. Einleitung.

In Lessings „Nathan der Weise" findet sich folgender Dialog: Klosterbruder: Weiss nicht; ich muss gehorchen, lieber Herr. — Tempelherr: Und da gehorcht ihr denn auch, ohne viel zu klügeln? — Klosterbruder: Wär's sonst gehorchen, lieber Herr?[1].

Gar so einfach, wie der Dichter hier die Frage nach dem Gehorsam löst, ist nun die Sache in Wirklichkeit nicht, sonst hätten diese Arbeit und noch manche andere ungeschrieben bleiben können. Das zeigt sich rasch bei einem Blick auf die teils recht weit auseinandergehenden Meinungen, von denen hier als Beispiele nur zwei der extremsten angeführt seien:

Der einfachen, radikalen Lösung Lessings scheint eine „allerhöchste preussische Kabinettsorder" zu folgen[2]. „Die erste Pflicht des Soldaten ist unbedingter Gehorsam gegen die Dienstbefehle seiner Vorgesetzten und ihm ein Urteil über deren Rechtmässigkeit oder ihre Folgen um so weniger zu gestatten, je bestimmter der Befehl und je grösser die Abhängigkeit zu dem Befehlenden ist, ... der für die Folgen seiner Dienstbefehle allein verantwortlich ist." Auf ganz anderem Boden steht dagegen Gerber[3]: „Das demokratische Prinzip unseres Staates muss alle unsere Staatseinrichtungen als aufbauendes Prinzip durchdringen, also auch das Heerwesen, das eine Staatseinrichtung neben anderen ist und nichts anderes zu sein hat." Und Hafter führt aus[4]: „Die militärische Gehorsamspflicht, in deren Erfüllung die Tat begangen wird, hat ihre rechtlichen Grenzen. Sie ist dann auszuschalten, wenn der Täter einsieht oder einsehen musste, dass der Vorgesetzte auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt. Die militärische Gehorsamspflicht darf hier deshalb nicht mehr entscheidend sein, weil im Widerspruch der Interessen: militärisch zu gehorchen oder nicht gegen das Strafgesetz zu handeln, das letztere Interesse überwiegen muss."

---

[1] Erster Aufzug, 5. Auftritt.

[2] Allerhöchste Kabinettsorder vom 11. Mai 1821. Preussische Militärgesetzsammlung, Bd. 1, S. 179 (zitiert bei Rieter, S. 33).

[3] Gerber: Demokratie und Militarismus, S. 42.

[4] In den Motiven zu einem Vorentwurf zu einem schweiz. MSGB. 1918, Art. 17.

Mit diesen Beispielen stehen wir schon mitten in dem grossen Fragenkomplex nach der juristischen Bedeutung des Befehls, und im besonderen des militärischen Befehls im Zusammenhang mit der Disziplin. Abgesehen vom Interesse, das dieses Problem rein juristisch beanspruchen kann, haben diese Fragen in der Schweiz ganz besondere praktische Bedeutung erlangt, indem hier die Anforderungen der militärischen Disziplin und der Gehorsamspflicht als Eingriff in die Freiheitsrechte des Bürgers besonders rasch empfunden werden. Der Gegensatz zwischen dem militärischen Kommandorecht und dem bürgerlichen, besonders dem demokratischen Staats- und Privatrecht, tritt bei uns natürlich schärfer hervor als sonst irgendwo. Die Gesetzesbestimmungen, die sich auf dieses Gebiet beziehen, sind denn auch besonders heiss umstritten worden; und wenn wir aus der Länge der Debatten in unserem Parlament auf die Wichtigkeit der behandelten Gegenstände schliessen dürfen, so ist die Frage nach der Wirkung des militärischen Befehls keine unbedeutende[5].

Gehorsamspflicht, Befehlsberechtigung, Missbräuche der Befehlsgewalt usw. sind in der Literatur öfters behandelt worden. Trotzdem soll sich diese Arbeit mit der Bedeutung des Befehls noch einmal befassen, und zwar aus zwei Gründen: 1. ist seit 1. Januar 1928 ein neues schweizerisches Militärstrafgesetz in Kraft. Dieses regelt das Handeln auf Befehl nicht mehr gleich wie das alte Militärstrafgesetz von 1851, und hat mit seiner Auffassung nicht überall Zustimmung gefunden. Es wird interessant sein, zu prüfen, wie weit die gegen die neue Regelung geäusserten Bedenken berechtigt sind, und wie sich die Bestimmung des neuen Gesetzes in der Praxis (juristisch und militärisch) auswirken wird. 2. hat der vergangene Weltkrieg die Bedeutung der Disziplin, von Befehl und Gehorsam, wieder stark in die Nähe gerückt; die mannigfachen Erfahrungen aus dem seelischen Leben des Soldaten sind wieder in frischer Erinnerung und lassen manche Fragen, die vorher vom rein theoretischen Standpunkt aus vielleicht etwas einseitig gelöst worden sind, in anderem, richtigem Licht erscheinen. (Der grösste Teil der einschlägigen Arbeiten stammt aus der Zeit vor dem Krieg, oder aus den ersten Kriegsjahren.) Sowohl die Erfahrungen aus den Erscheinungen bei den kriegführenden Staaten, als auch vor allem bei unserer Armee, sind nicht ohne Einfluss auf militärrechtliche Fragen geblieben: so hat ja auch der lange Aktivdienst unserer

[5] Siehe die Sten.-Bull. des National- und Ständerates.

Truppen zum Schutz der Grenze und zur Aufrechterhaltung der Ordnung im Innern des Landes die Militärjustiz vielfach vor ganz neue Lagen gestellt, die schliesslich zur Hauptsache mitbestimmend waren, dass die Revision unseres Militärstrafgesetzbuches von 1851 endlich zustande kam.

Ich werde mich in dieser Arbeit auf die Behandlung der Wirkung des militärischen Befehls gegenüber dem Untergebenen beschranken. Die Stellung des Befehlenden und seine Verantwortlichkeit ist eine Frage für sich und gehört nicht mehr zu meinem Thema, und soll nur soweit nötig berührt werden. Sie bietet übrigens keine grossen Schwierigkeiten, und hängt ab von der Ordnung im positiven Recht (*a*) auch wenn der Untergebene straffrei bleibt, ist der Befehlende allein Täter, und zwar mittelbarer, indirekter. *b*) Wird dem Untergebenen aber eine Schuld zugemessen, und wird er bestraft, dann haftet der Befehlende als Anstifter. Dazu kommt meistens noch Bestrafung wegen Ueberschreitung der Befehlsgewalt in Frage).

Was die Systematik dieser Arbeit anbetrifft, so werde ich in einem ersten — theoretischen — Teil vor allem die Grundfragen des Problems aufstellen und zu beantworten suchen, und die Begriffe erklären und festlegen. Dies scheint mir darum sehr wichtig, weil offensichtlich das ,,schlagwortmässige" Brauchen von gewissen Ausdrücken oft Anlass zu Widersprüchen und Missverständnissen gegeben hat. Wenn eben wahllos Bezeichnungen gebraucht werden wie ,,unbedingter", ,,absoluter", ,,blinder", ,,strikter Gehorsam", ohne dass man klar bestimmt, was man unter jedem dieser Ausdrücke verstanden haben will, so wird das Resultat nie ganz befriedigend. In diesem ersten Teil werde ich mich hauptsächlich auf die vorhandene Literatur stützen können.

Ein zweiter — praktischer — Teil wird dann das Handeln auf Befehl im schweizerischen Militärstrafrecht behandeln. Wir werden die Entstehung der heutigen Gesetzesbestimmung über das Handeln auf Befehl verfolgen, das alte (von 1851) und das geltende Militärstrafgesetzbuch vergleichend betrachten, und das Resultat kritisch würdigen.

A. THEORETISCHER TEIL.

§ 2. Der militärische Befehl.

Für jedermann, der einen Staat und eine staatliche Ordnung überhaupt anerkennt, gilt es als selbstverständlich, dass der Bürger gegenüber den Erlassen und Vorschriften der staatlichen Organe in gewissen Grenzen zu Gehorsam verpflichtet ist. Auf dem Gebiete des Militärrechtes ist dieser Grundsatz des Gehorsams von jeher besonders stark betont worden; die Bedürfnisse der Armee verlangen Autorität und Disziplin, wie kein anderer Zweig der Staatsgewalt. „Das Heer kann seiner Aufgabe nur dann gerecht werden, es ist nur dann kriegstüchtig, wenn Offiziere, Unteroffiziere und Soldaten von der Disziplin durchdrungen sind"[1]. An dieser Stelle darf wohl auch das bekannte Wort Moltkes noch einmal in Erinnerung gerufen werden: „Autorität nach oben und Gehorsam von unten, mit einem Worte Disziplin, ist die ganze Seele der Armee." Dieses Erfordernis hat seinen Grund in der grossen Aufgabe, die der Armee für den Staat gestellt ist, und in den schweren Anforderungen, die diese Aufgabe an die Gesamtheit der Truppe wie an den einzelnen Soldaten stellt.

Die Disziplin findet ihren Ausdruck in der Art und Weise, wie die militärischen Befehle beobachtet und befolgt werden und wie der Ungehorsam geahndet wird. Die Bedeutung und Kraft der Befehle bildet zugleich die Grenzen für die militärische Disziplin. Der Befehl zieht sich als roter Faden durch alle Fragen der Disziplin, der Gehorsamspflicht, der Unterordnung; die Befehle sind die „Nerven des militärischen Lebens"[2].

Den Ausgangspunkt für unsere Betrachtungen wird deshalb diese Kernfrage: „Was ist der militärische Befehl", bilden.

I. Rechtliche Grundlagen des Befehls.

Zur Erreichung der sich selbst gesetzten Zwecke bedarf der Staat einer Macht, der Staatsgewalt[3]; auf dieser Gewalt ist das Wesen des Staates begründet, durch sie muss er die Rechtsgüter

[1] Dienstreglement für die schweiz. Truppen, 1900/1908, Ziff. 8.

[2] Mayer: Deutsche Jur.-Ztg. 1907, S. 851.

[3] Bluntschli: Allg. Staatslehre, S. 270: „Der Staat ist die Verkörperung und Personifikation der Volksmacht. Indem man diese Volksmacht in ihrer höchsten Würde und ihrer grössten Gewalt denkt, spricht man von Souve-

der Staatsbürger schützen können[4]. Zur Verwirklichung seines Staatswillens bedarf der Staat aber physischer Organe, denen er bestimmte rechtliche Befugnis einräumt. Er ermächtigt sie — als Subjekte der Gewalt — zur Willensherrschaft über andere — als Objekte der Gewalt. Diese Macht, freie Menschen zu beherrschen, sie zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen, steht nur dem Staate allein zu[5]. Diesem Recht des Staates entspricht eine Pflicht der untergeordneten Personen zur Leistung des Gehorsams gegenüber dem Willen der Inhaber der Staatsgewalt, eine Unterwerfung des eigenen freien Willens unter einen fremden Willen. Die Gehorsamspflicht ist also das Gegenstück des staatlichen Gewaltrechtes, und das Bestehen eines Gewaltverhältnisses ist die Bedingung für die Befehlsgewalt.

Der Art. 2 der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft lautet: „Der Bund hat zum Zweck, Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt." Unsere Bundesverfassung nennt also als einen Zweck unseres Staates die Wahrung der Unabhängigkeit nach aussen und der Ordnung im Innern. Dieses ist zweifellos der vornehmste Zweck eines Staates: auf der Erhaltung der Integrität beruht die Verwirklichung aller andern Staatszwecke. Demgemäss richtet der Staat seine besondere Aufmerksamkeit auf die Organe, die mit der Erreichung dieser höchsten Aufgabe betraut sind und rüstet sie mit besonderer Machtbefugnis aus. Das Organ, das die physische Kraft verkörpert, die der Staat zur Erreichung dieses Zweckes braucht, ist das Heer[6]. Alle an dieser Heeresmacht Beteiligten unterliegen einem besonderen militärischen Gewaltsverhältnis, das sich von allen an-

ränität. Ihre Eigenschaften bestehen vor allem in der völligen Unabhängigkeit der Staatsgewalt von jeder übergeordneten Autorität." Nach Gierke ist der Staat „der Träger der höchsten Willensmacht, die nach oben durch keine ähnliche Macht beschränkt und nach unten jeder ähnlichen Macht überlegen ist. Sie unterscheidet sich von jeder andern Macht dadurch, dass ihre Macht die Macht schlechthin ist."

[4] Vgl. hiezu Nanz, S. 66 ff.

[5] Hierin liegt ein Hauptunterschied zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht. Im Privatrecht gibt es nur eine Herrschaft über Sachen, und den Menschen stehen nur Forderungen zu, welche kein Zwangsrecht gegenüber der Person des Schuldners in sich schliessen.

[6] Nanz, S. 74: „Die im Heer geleisteten Dienste sind Staatsdienste, von allen Beteiligten ausgeübt in ihrer Eigenart als hierarchisch gegliederte, über- und untergeordnete Organe der Staatsgewalt. Folglich ist auch der letzte Soldat Mitträger der Staatsgewalt; alle militärischen Mannschaften sind Staatsdiener."

dern öffentlich-rechtlichen Gewaltsverhältnissen unterscheidet durch eine Verschärfung der personenrechtlichen Unterwerfung unter die Befehlsgewalt; dies geschieht mit Rücksicht auf den hohen Zweck und die schwierige Aufgabe, die der Staat selbst diesem Organ, dem Heer, gesetzt hat. Der Staat wird dabei, je nach Notwendigkeit, der Befehlsgewalt engere oder weitere Grenzen ziehen und verleiht ihr innerhalb dieser Grenzen eine gewisse Selbständigkeit. Ausserhalb dieses verfassungsrechtlich umschriebenen Gebietes soll der Befehlsgewalt aber keine Wirkung zukommen, und dadurch Konflikte zwischen der militärischen Befehlsgewalt und andern Staatsgewalten ausgeschlossen werden.

Die Begründung des militärischen Gewaltverhältnisses kann auf zwei Arten erfolgen:

1. Kraft Verfassung, wie es in der Schweiz der Fall ist. Art. 18 der BV stellt den Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht auf. Diese Militärpflicht beruht also auf gesetzlicher Bestimmung. Der Staat verlangt hier von jedem einzelnen Bürger kraft seiner Hoheitsrechte eine Dienstleistung[7], und nötigenfalls erzwingt er sie.

2. Auf vertraglicher Grundlage; hier besteht ein freiwillig übernommenes, nicht mehr gesetzliches Gewaltverhältnis durch Abschluss eines Vertrages mit dem Staat. Es handelt sich um einen kündbaren Dienstvertrag, wie es z. B. der Fall ist beim Werbesystem[8].

Zusammenfassend ergibt sich also, dass der Befehl auf einem Gewaltverhältnis beruht, das seinerseits wieder ein Ausfluss der Staatsgewalt ist. *Der militärische Befehl im besonderen hat seine Grundlagen im militärischen Gewaltverhältnis, wie es der Staat in seiner Heeresmacht, in der Armee, geschaffen hat als physisches Organ zur Erreichung eines bestimmten Staatszweckes.*

II. Begriff und Arten des militärischen Befehls.

a) Definition.

In der Volkssprache ist „Befehl" ein sehr weiter Begriff. Häufig stellt man dabei nur auf die energische Aeusserung des Willens einer Person gegenüber einer andern ab. Wer seinen Willen

[7] Von beschränkter Dauer und bestimmter Art: nämlich persönliche Leistung von Militärdienst oder Bezahlung eines Ersatzes gemäss Militärorganisation, Art. 1.

[8] In der Schweiz können ähnliche Verhältnisse vorliegen bei den Instruktionsoffizieren, bei den Wärtern der Regie- und Remontenanstalt u. a. Betreffend die freiwillig geleisteten Militärdienste vertritt Altorfer die Ansicht: auch wer sich zu freiwilligem Dienst gemeldet habe (z. B. durch frühes Stellen) und dann nicht einrückt, begehe Dienstverweigerung.

mit dem nötigen Nachdruck, mit dem nötigen „Augenrollen" zur Geltung bringen will, „befiehlt". In diesem Sinne spricht man von den „Leuten, die immer etwas zu befehlen haben", auf der Strasse, im täglichen Leben. Offensichtlich ist das aber nur eine Redensart, es handelt sich hier nicht um einen Befehl im rechtlichen Sinn. Der Befehl im juristischen Sinn ist enger zu fassen, und zwar können wir folgende erforderlichen Merkmale feststellen:

In der Person des Befehlenden ist eine *Befehlsgewalt* erforderlich. Nicht jede Willensäusserung einer beliebigen Person ist ein Befehl; nur wer aus einem rechtlichen Grunde Inhaber einer Befehlsgewalt ist, kann befehlen. Anderseits muss die Person, an die sich der Befehl richtet, in irgendeinem *Unterordnungsverhältnis* zum Befehlenden stehen; es muss also ein Gewaltverhältnis zwischen dem Befehlenden und demjenigen, an welchen sich der Befehl richtet, bestehen. Dieses Gewaltverhältnis muss ein *rechtliches* sein, z. B. auf Verfassung oder Gesetz beruhen. Ein rein tatsächliches Gewaltverhältnis ist freilich juristisch auch nicht irrelevant, indem es einen Zwang begründen kann, und die Handlungsfreiheit des Untergeordneten einschränkt oder ausschliesst. Dies ist aber beim Befehl gerade nicht der Fall, er begründet nur eine rechtliche Verpflichtung zur Ausführung, der man nachkommen kann oder auch nicht. Im letzteren Falle nimmt man allerdings die rechtlichen Folgen auf sich, welche die positive Rechtsordnung an die Nichterfüllung dieser Gehorsamspflicht knüpft. Der Befehl verlangt Gehorsam unter Androhung einer Straffolge. Der Befehl ist aber nie Zwang im rechtlichen Sinne[9].

Das Gesagte lässt sich so zusammenfassen: Der Befehl ist ein Willensakt des Inhabers der Befehlsgewalt, der ein bestimmtes Verhalten auf Grund eines persönlichen, rechtlichen Gewaltverhältnisses fordert[10].

Wenn wir diese allgemeine Definition des Befehls auf den militärischen Befehl anwenden, so müssen wir nur für die einzelnen Merkmale die speziellen Bezeichnungen aus dem Militärrecht anwenden und gelangen dann zu folgender Formulierung:

[9] d. h. soweit es sich um unwiderstehliche tatsächliche Gewalt (vis absoluta) handelt. Ein unwiderstehlich Gezwungener „handelt" nicht, sodass sich die Schuldfrage bei ihm gar nicht ergibt. (Vgl. Hafter, S. 174). Zur Frage, ob der Befehl als relativ unwiderstehliche Gewalt (vis compulsiva) in Betracht kommen könne, s. unten § 4, II, Der Befehl als Schuldausschliessungsgrund.

[10] Achermann, S. 16.

Militärischer Befehl ist jede dienstliche Anordnung eines militärischen Vorgesetzten (Inhaber der militärischen Befehlsgewalt), die dem Untergebenen (der dem militärischen Gewaltverhältnis Unterworfene) ein bestimmtes Verhalten gebietet[11]. Mit dieser Definition haben wir nun den militärischen Befehl in wesentlich engere Grenzen gewiesen, vor allem durch die Aufnahme des Wortes „dienstliche" Anordnung, das uns von nun an durch die ganze Arbeit hindurch begleiten und noch ausgiebig beschäftigen wird. Tatsächlich ist die militärische Befehlsgewalt keine unbeschränkte, sondern durch Verfassung und Gesetz genau umschrieben. Der militärische Vorgesetzte hat nur Befehlsgewalt in bezug auf dienstliche Angelegenheiten, er kann nur dienstliche Befehle geben, d. h. nur ein Verhalten des Untergebenen verlangen, das Dienst ist. Freilich, damit ist uns vorläufig wenig geholfen, denn nun erhebt sich sofort die wichtige und äusserst komplizierte Frage: Was ist dienstliche Angelegenheit? Was ist Dienstsache? Diese Frage werden wir im folgenden § 3 bei der Behandlung der materiellen Seite des Befehls, des Befehlsinhaltes zu prüfen haben. Einstweilen wollen wir uns mit der oben gegebenen Definition des militärischen Befehls als „Dienstbefehl" begnügen und uns noch der Betrachtung einiger formeller Eigenschaften des Dienstbefehles zuwenden.

b) Arten des Befehls.

Im geltenden schweiz. Militärstrafgesetz finden wir verschiedene Bezeichnungen für den Befehl: dienstlicher Befehl (Art. 18); Befehl in Dienstsachen (Art. 61); Reglemente oder andere allgemeine Dienstvorschriften (Art. 72). Damit sollen keine rechtlichen Unterschiede festgestellt werden, es handelt sich in allen diesen Fällen um militärische Befehle, um Dienstbefehle. Es wäre darum vielleicht besser gewesen, wenn man sich auf einen Ausdruck geeinigt hätte, z. B. gerade auf den Ausdruck „Dienstbefehl". Die Unterschiede sind nämlich rein praktischer Art:

[11] Definition von Hecker. Zitiert bei Nanz, S. 40 und Nostitz, S. 30. Nanz wendet sich gegen die Fassung „Erteilung eines bestimmten *Auftrages* an einen Untergebenen." Sie könne zu Missverständnissen führen, weil Auftrag ein Institut des Privatrechtes sei und als Vertragsverhältnis dem öffentlichrechtlichen Gewaltverhältnis nicht entspreche. Diese Befürchtung scheint mir aber wenig begründet, denn im Zusammenhang mit dem militärischen Befehl wird beim Wort Auftrag wohl niemand an den privatrechtlichen Auftrag denken. Dies ist schon im „Auftrag an einen *Untergebenen*" ausgeschlossen. Ich möchte im Gegenteil dem Wort „Auftrag" sogar den Vorzug vor „Anordnung" geben, weil hier die Willensäusserung, das Bestreben, seinen Willen ausgeführt zu sehen, deutlicher zum Ausdruck kommt.

Der Befehl kann für einen speziellen Fall an einen einzelnen, oder an eine Mehrheit, die Truppe gerichtet sein; er ist dann ein sogenannter Spezialbefehl oder individueller Befehl. Dieser ist der einfachste Typ des Befehls, der im Militärstrafgesetz in Art. 61 als Befehl in Dienstsachen aufgeführt ist.

Von diesem können wir die generellen Befehle unterscheiden, die sogenannten allgemeinen Dienstbefehle; diese umfassen alle gleichgearteten Fälle des militärischen Lebens. Sie richten sich an alle, die gerade in den betreffenden Fall kommen, oder je kommen können; sie sind rechtlich den speziellen Befehlen gleichwertig: die Anordnung, im Stall nicht zu rauchen, ist ebenso gut ein Befehl, wie die Weisung, jetzt gerade die Pfeife wegzulegen. Diese Art von Dienstbefehlen findet ihren Ausdruck in allgemeinen Verfügungen, Instruktionen, Reglementen und Dienstvorschriften. Mit ihnen befasst sich der Art. 72 des MSGB. Wenn das Gesetz die Nichtbefolgung der speziellen Befehle mit höherer Strafe bedroht als die Nichtbefolgung der generellen (im ersten Fall Gefängnis, im zweiten Fall beschränkt auf Gefängnis bis zu 6 Monaten), so ist daraus nicht auf einen rechtlichen Unterschied der beiden Befehlsarten zu schliessen. Diese Tatsache wird ihren Grund vielmehr darin haben, dass man beim speziellen Befehl, der direkt für einen konkreten Fall, meist in Anwesenheit des Befehlenden selber, gegeben wird, genaue Befolgung noch mehr verlangen kann, als beim allgemeinen Dienstbefehl, bei dem Nichtausführung eher begreiflich ist, weil er nicht mehr den direkten Einfluss der Person des Befehlenden an sich trägt[12]. Selbstverständlich müssen die betreffenden Bestimmungen, die in den Reglementen enthalten sind, der Mannschaft einmal zur Kenntnis gebracht worden sein, z. B. in der Theoriestunde[13].

Nicht Befehle sind dagegen die sogenannten Direktiven, das sind allgemeine Vorschriften, welche nur die Belehrung und

[12] Der Unterschied zwischen speziellem Befehl und allgemeiner Dienstvorschrift lässt sich charakterisieren, indem man den speziellen Befehl *konkreten* und die Dienstvorschrift *abstrakten* Imperativ nennt. Der Ungehorsam gegen speziellen Befehl ist eine Subordinationsverletzung und steht darum im MSGB. im Abschnitt über die Verletzung der militärischen Unterordnung, währenddem der Ungehorsam gegen eine Dienstvorschrift eine Verletzung der militärischen Treuepflicht ist und unter die Dienstverletzungen fällt.

[13] Nostitz, S. 35: „Der Soldat ist verpflichtet, sich an diejenigen Belehrungen zu halten, welche ihm in der Instruktionsstunde eingeprägt sind. Sie ergänzen die Dienstvorschrift und gelten für den Untergebenen in der Auslegung, welche ihr in der Instruktionsstunde gegeben ist." Eine besondere Erklärung des Vorgesetzten, dass auch er für seine Person die Innehaltung der Vorschrift gebiete, ist keinesfalls erforderlich.

Ermahnung der Untergebenen bezwecken, also mehr eine allgemeine Pflichtenlehre darstellen. Diese sind weit davon entfernt, für bestimmte Fälle ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben. Das gleiche gilt von den Anleitungen, welche die Kadres von ihren Vorgesetzten oder Instruktoren erhalten für die Ausbildung der Truppe; es sind dies Ratschläge, wie man es machen kann, wie es empfehlenswert sei, aber es ist nicht verlangt, dass man diese Ratschläge anwenden muss. Wenn den Zugführern empfohlen wird, ihren Zug einigemal über die Hindernisbahn zu schicken, damit er „wach" werde, so kann der Zugführer immer noch machen, was er will, um das Ziel — auch auf andere Weise — zu erreichen. Solche Mahnungen oder Empfehlungen sind eben keine Befehle. Beim Befehl muss der Wille des Befehlenden immer deutlich zum Ausdruck kommen, dass er etwas, und was, ausgeführt oder unterlassen haben will. Solche Direktiven erhalten dann natürlich Befehlskraft, wenn für ihre Anwendung in konkreten Fällen seitens der zuständigen Befehlshaber besondere Befehle ausgegeben werden, wenn also verlangt wird, dass sie in bestimmten Fällen jeweilen angewendet werden.

Der Vollständigkeit halber sei hier noch auf das deutsche Militärstrafrecht verwiesen, das zwischen „Dienstbefehl" und „Befehl in Dienstsachen" unterscheidet. Es herrscht aber weder in der Praxis noch in der Literatur volle Klarheit über diese beiden Begriffe. Allgemein gilt als Dienstbefehl jeder in militärischer Form erteilte Befehl eines Vorgesetzten, ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, während der Befehl in Dienstsachen durch seinen Inhalt bedingt ist, d. h. die verlangte Handlung muss sachlich zum Dienst gehören.

Diese Unterscheidung hat dem deutschen Militärstrafrecht keine grossen Dienste erwiesen, und, statt Klarheit und Einfachheit zu schaffen, die Lage eher noch mehr verwirrt. Sie hat ihren Ursprung eben in der Eigenschaft des deutschen Militärs als stehendes Heer, und ist schon darum für unser Milizsystem bedeutungslos. Alle unsere militärischen Befehle sind Befehle in Dienstsachen (was die Fälle der Offiziersbedienten, Putzer und Ordonnanzen betrifft, so stellt für diese ihre Arbeit, die an und für sich mit dem „Waffenhandwerk" freilich wenig zu tun hat, eben den „Dienst" dar). Militärische Befehle in Nicht-Dienstsachen, also in Privatsachen, anerkennen wir nicht, wie wir noch bei der Behandlung des Inhalts der Befehle sehen werden. In der Schweiz hat denn auch weder Gesetz noch Praxis je einen

solchen Unterschied gemacht, und da sich die vorliegende Arbeit mit dem schweizerischen Recht befasst, können wir von weiterer Behandlung dieser Unterscheidung des deutschen Rechts absehen[14].

Die aus der Zeit des Aktivdienstes stammende Bezeichnung „Armee-Befehle" findet sich im Militärstrafgesetz und den Reglementen nicht. So wurden die Befehle bezeichnet, welche in jener Zeit vom Armee-Kommando ausgegeben wurden. Auch hier besteht kein rechtlich wesentlicher Unterschied zu andern Befehlen. Man muss überhaupt auch hier den Bezeichnungen nicht zu grosse Bedeutung beimessen und glauben, hinter jeder andern formellen Fassung stecke auch eine materielle Verschiedenheit. Es soll darum noch einmal festgestellt werden, dass wir alle diese militärischen Befehle mit dem einheitlichen Namen *„Dienstbefehl"* bezeichnen wollen und darunter verstehen: *Eine Anordnung eines militärischen Befehlsberechtigten gegenüber einem Untergebenen in dienstlicher Angelegenheit.*

c) Dauer des Befehls.

Sie hängt von der Art des Befehls ab.

Ein Spezialbefehl, also ein Befehl, der für einen konkreten Fall an einen einzelnen oder an mehrere gegeben wird, erlischt mit seiner Ausführung. Ist der Befehl sofort auszuführen, was bei den meisten Exerzierübungen der Fall ist, so kann man eigentlich von keiner Dauer des Befehls reden. So bei den Kommandos[15], oder Befehlen wie: „Abmarschieren", „Halten", „Liegen". Daneben können aber solche Spezialbefehle auch vom Befehlenden selbst befristet sein, z. B. der Befehl eines Kompagniekommandanten an die Zugführer, im Laufe des Tages die Waffen zu inspizieren. Hier erlischt der Befehl für jeden Zugführer in dem Moment, wo er die Waffeninspektion durchgeführt hat, was bei dem einen früher, beim andern später der Fall sein kann. Wenn die Ausführung auf einen bestimmten Zeitpunkt verlangt ist, z. B. „Lösen Sie heute abends 6 Uhr die Wache ab", so ist auch hier der Befehl bis zur Ausführung in Kraft, eben bis abends 6 Uhr. Fraglich ist in einem solchen Fall, was gilt, wenn der Befehl bis zu diesem Zeitpunkt nicht ausgeführt wurde. Kann hier der Untergebene, der z. B. den Befehl vergessen hat

[14] Zur Unterscheidung *Dienstbefehl, Befehl in Dienstsachen,* vgl. die Ausführungen bei Nanz, S. 49, Gugger, S. 29, Mayer, S. 152, Rieter, S. 48, Nostitz, S. 30.

[15] Kommando im militärtechnischen Sinne: Befehle, die gemeinsam, sofort und in einer genau vorgeschriebenen Weise ausgeführt werden müssen.

und sich eine Viertelstunde später erst an ihn erinnert, sagen, dass der Befehl jetzt nicht mehr in Kraft sei, oder muss er ihn nachträglich noch ausführen? Man wird hier entscheiden müssen: Kann der Befehl sinngemäss auch nachträglich noch ausgeführt werden — was bei unserem obigen Beispiel der Wachtablösung sicher der Fall wäre —, so gilt er immer noch und muss auch ausgeführt werden, wobei sich dann eben der Untergebene eventuell eines Disziplinarvergehens schuldig gemacht hat durch nicht pünktliches Befolgen des Befehls. Ist der Befehl aber nach der festgesetzten Zeit schlechtweg nicht mehr sinngemäss ausführbar, so ist seine Dauer abgelaufen; der Untergebene hat sich hier aber für seine Versäumnis zu verantworten und wird eventuell wegen Ungehorsam bestraft.

Anders dagegen bei den allgemeinen Dienstvorschriften, den generellen Befehlen. Ihre Dauer ist unabhängig von der Ausführung, sie bleiben so lange in Kraft, bis sie aufgehoben werden. Das kann geschehen durch Abänderung oder Widerruf des Befehles durch den gleichen Vorgesetzten, der ihn erlassen hat, oder durch einen im Range Höheren[16]. Wird aber der spätere Befehl, der sich z. B. in Widerspruch befindet mit dem früheren, von einem niedereren Vorgesetzten erteilt, so hat der Untergebene diesen doch zu befolgen. Allerdings muss er dem Vorgesetzten von der Existenz des bereits bestehenden Befehls Mitteilung machen. Beharrt dann der Späterbefehlende auf seinem Befehl, so gilt der militärische Grundsatz, dass bei sich widersprechenden Befehlen mehrerer Vorgesetzter immer der letzte Befehl zu befolgen ist[17].

Schliesslich kann hier noch bemerkt werden, dass Befehle, die aus irgendeinem Grunde — objektiver oder subjektiver Art — unausführbar oder sinnlos werden[18], selbstverständlich ihre Wirkung verlieren. Dem Befehlenden ist hievon aber sofort Mitteilung zu machen.

Es wird auch die Meinung vertreten[19], dass der Befehl dadurch aufgehoben werden könne, dass er in Vergessenheit gerät. Das möchte ich aber doch ablehnen. Gegen diese Auffassung

---

[16] Vgl. hiezu die guten Ausführungen bei Rieter, S. 61 ff.

[17] Die Frage, ob das auch für den *rechtswidrigen* zweiten Befehl gilt, bildet gerade den Gegenstand dieser Arbeit und kann hier noch nicht beantwortet werden.

[18] Z. B. eine Batterie erhält den Befehl, um 10 Uhr einen Waldrand zu beschiessen. Um 9 Uhr bemerkt der Batteriekommandant, dass die eigene Infanterie den betreffenden Waldrand schon besetzt hat.

[19] Nanz, S. 65, Nostitz, S. 35.

muss sich schon das geringste militärische Empfinden sträuben. Es gilt hier das oben Gesagte: wenn ein Befehl vergessen wird (was übrigens zu den seltensten Ausnahmen gehören sollte!), so besteht er eben noch so lange, als er noch sinngemäss ausgeführt werden kann. Ist das nicht mehr möglich, so trifft den Betreffenden eben Strafe wegen Nichtbefolgung des Befehls wie beim befristeten Befehl. Der Befehl hat eben so lange gedauert, als er noch sinngemäss ausgeführt werden konnte. Aber das Vergessen als solches kann einen Befehl nicht einfach „langsam zur Auflösung, zum stillen Versinken in das Nichts" bringen[20].

Ein Gegenstück zum eigentlichen Dienstbefehl bildet die dienstliche Erlaubnis[21], die ebenfalls der Befehlsgewalt entspringt. Sie ist eine Willensäusserung, durch die der Untergebene von den Pflichten befreit wird, ohne dass das Dienstverhältnis dadurch aufgehoben würde. Wie der Befehl eine Dienstpflicht unmittelbar hervorbringt, so hebt die Erlaubnis kraft Dienstgewalt eine bestehende Dienstpflicht vorübergehend auf, sodass das sonst Gebotene nicht mehr geleistet werden muss und das sonst Verbotene geschehen darf. Grundsätzlich kann jeder Vorgesetzte nur so weit Erlaubnis erteilen, als er berechtigt ist, durch Befehle Pflichten zu begründen. Diese Befugnis ist aber ausserdem gesetzlich geregelt und häufig an eine bestimmte Form gebunden. Der Prototyp der dienstlichen Erlaubnis ist der Urlaub und die Bewilligung[22], ausserdem können noch andere Fälle vorkommen, sogenannte Dispensation, z. B. Erlaubnis für einen Tag der Reitstunde oder der Turnstunde fernzubleiben. Die Erlaubnis kann jederzeit von dem, der sie erteilt hat, oder von einem im Rang Höheren widerrufen werden. Dieser Widerruf ist dann gleichbedeutend einem Dienstbefehl, dem der Untergebene Gehorsam schuldig ist.

---

[20] Wechsel im Kommando wird grundsätzlich die Befehle nicht berühren. Wenn z. B. der Schulkommandant in einer Rekrutenschule befohlen hat, dass die Truppe zur Arbeit mit dem Helm ausrücken muss, so wird man annehmen, dass sein Nachfolger diesen Befehl stillschweigend fortsetzen will, wenn er nicht ausdrücklich etwas anderes befiehlt. Das steht ihm aber natürlich völlig frei, da die Befehlsgewalt seines Vorgängers mit dem Antritt des Schulkommandos an ihn übergegangen ist.

[21] Vgl. Im Hof, Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis. Verhandlungen des schweiz. Jur. V., 1929, Heft 2, S. 331.

[22] Dienstreglement 1900/1908: Art. 167 ff. Regelung der Kompetenz zur Erteilung von Urlaub und Bewilligung.

III. Die Form des Dienstbefehls.

Was die Form der militärischen Befehle anbetrifft, herrscht in der Literatur und Praxis allgemeine Uebereinstimmung:

Der Dienstbefehl ist an gar keine Form gebunden, im Gegensatz zum zivilen Dienstverhältnis. Im zivilen Beamtenverhältnis bildet gerade die gesetzliche Form eine der Grundbedingungen, um den Befehl zu einem rechtswirksamen zu gestalten. Dienstbefehle dagegen können in jeder beliebigen Gestalt auftreten: sie können mündlich, schriftlich (was bei den allgemeinen Dienstvorschriften in den Reglementen die Regel ist) oder auch durch Zeichen gegeben werden.

Nanz[23] sagt: Bestimmte Normen darüber, wie und in welcher Form ein Dienstbefehl zu erfolgen habe, sind nicht aufgestellt worden. Die Form der Willensäusserung kann mündlich oder schriftlich sein oder auch nur in konkludenten Handlungen bestehen, z. B. Säbelzeichen, Pfeifensignale usw. Nicht notwendig ist vor allem der Ausdruck „Ich befehle". Auch der in der Form der Aufforderung, des Ersuchens oder der rethorischen Frage dem Untergebenen erklärte Wille kann Befehl in Dienstsachen sein[24].

Dieser Auffassung ist unbedingt beizupflichten. Die heutige Kampfart schliesst eine bestimmte Form der Befehle immer mehr aus. Die rote Leuchtrakete, die ein vorbereitetes Artilleriefeuer auslösen soll, ist ebensogut ein Dienstbefehl, wie die telephonische Anforderung einer Artillerieunterstützung. Das moderne Kampfverfahren mit dem auf das Höchste gesteigerten Schlachtlärm wird im Gefecht meist nur noch Befehle durch Zeichen zulassen; man muss geradezu verlangen, dass ein gut ausgebildeter Soldat fähig ist, dem Vorgesetzten in solchen Lagen die Befehle von den Augen abzulesen.

Nötig ist immer nur, dass der Befehlscharakter der Willensäusserung dem Untergebenen bewusst ist. Ausschlaggebend ist also ein subjektives, im Untergebenen selbst liegendes Moment. Vom Befehl muss man nur verlangen, dass er als solcher erkennbar sei. Er muss vom Vorgesetzten immer so gegeben werden, dass der Untergebene nicht im Zweifel darüber sein kann, dass es sich um ein *dienstliches* Gebot oder Verbot handelt[25].

---

[23] Nanz, S. 44.

[24] Mayer, S. 151, ebenso: Im Hof, S. 321 und 325. Nanz, S. 89. Nostitz, S. 34, Rieter, S. 27/28 (Beispiele aus den Entscheiden der Militärgerichte).

[25] Vgl. hiezu: Im Hof, S. 325, Achermann, S. 20, Kaegi, S. 50.

Das eidgenössische Militärkassationsgericht verlangt z. B., „dass die Art und Weise der Bekanntgabe die Gewähr bietet, dass bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit jedermann, an den sich der Befehl richtet, ihn erkennen kann"[26]. Bezeichnend ist auch die kurze Fassung von Ziff. 8 der Felddienstordnung 1914: Die Befehle sollen bestimmt und unzweideutig den Willen des Vorgesetzten dem Untergebenen zur Kenntnis bringen; und „Felddienst" 1927: Der Befehl gibt dem Unterführer den Willen des Führers kund. Eine Form ist in den Reglementen nirgends verlangt.

Kaegi[27] verlangt vom Dienstbefehl nur, dass die Willenserklärung sich *äusserlich als Imperativ* kundgibt. Das scheint mir nun doch etwas zu weit gefasst. So wäre schliesslich jeder im „Befehlston" ausgesprochene Imperativ schon Dienstbefehl. Ich möchte dagegen vom Dienstbefehl doch verlangen, dass er als Imperativ in Geltendmachung einer dienstlichen Autorität, dass das Auftreten des Befehlenden als Vorgesetzter erkennbar ist. Von dieser Eigenschaft des Befehls als Bedingung für seine Rechtskraft soll nun im folgenden Paragraphen die Rede sein.

§ 3. Der rechtmässige und der rechtswidrige Befehl.

I. Der rechtmässige Befehl.

Der Staat stattet seine Organe mit einer gewissen Gewalt aus zur Erfüllung ihrer Aufgabe. Diese Gewalt ist aber keine unbeschränkte, sie ist durch die Rechtsnormen begrenzt, die ihren Ausdruck in den Gesetzen finden. Innerhalb dieses zugestandenen Raumes verleiht der Staat den Massnahmen und besonders den Befehlen seiner Organe besondere Kraft, indem er sie als verbindlich erklärt und auf ihre Nichtbefolgung Strafe setzt. Die Organe des Staates haben sich aber in der Ausübung ihrer Funktionen an die ihre Kompetenz normierenden Rechtssätze zu halten. Tun sie das nicht, so handeln sie rechtswidrig. Ein Befehl ist nur rechtmässig, soweit er den Rechtsnormen nicht widerspricht.

Die Rechtssätze, denen ein Befehl entsprechen muss, um rechtmässig zu sein, scheiden sich nach allgemeiner Lehre in zwei Gruppen: die einen sind dazu da, die Person des zuständigen

[26] In Ztschr. f. Strafr., Bd. 31, S. 3, Ziff. 3.
[27] Kaegi, S. 50.

Beamten zu bezeichnen und die Art und Weise der Befehlserteilung zu normieren; die andern enthalten die sachlichen Voraussetzungen des Befehls, sie bezeichnen den Inhalt, normieren das, was befohlen werden kann[1].

Auch der Dienstbefehl ist der Befehl eines staatlichen Organes und unterliegt als solcher den Vorschriften der Rechtsordnung. Die Rechtmässigkeit des Dienstbefehls steht und fällt mit gewissen rechtlichen Eigenschaften des Befehls. Wir haben im folgenden nun zu untersuchen, welchen Erfordernissen der Dienstbefehl genügen muss, um rechtmässig zu sein.

Dabei haben wir entsprechend der Zweiteilung der normierenden Rechtssätze den Dienstbefehl in zwei Richtungen zu prüfen: Erstens hinsichtlich der *Person* des Befehlenden. Wer ist zuständiger Inhaber der militärischen Befehlsgewalt? Wer kann befehlen. Hinsichtlich des *Inhaltes* haben wir in zweiter Linie dann zu untersuchen, was im Dienstbefehl befohlen werden kann. Wir könnten diesen Unterschied vielleicht persönliche und sachliche Zuständigkeit nennen, oder auch abstrakte und konkrete Zuständigkeit. Diese Ausdrücke befriedigen aber nicht ganz, sie sind missverständlich. Ich möchte darum diese zwei Seiten des Befehls mit den Ausdrücken *formelle* und *materielle* Rechtmässigkeit bezeichnen. Freilich haben wir oben gesehen, dass der Dienstbefehl an keine Form gebunden ist, und dass deshalb von formeller Seite des Befehls im engen Sinne nicht geredet werden kann. Wenn wir aber ein für allemal festlegen, dass „formell" die persönlichen Eigenschaften und „materiell" im Gegensatz dazu die sachlichen Beziehungen des Dienstbefehls bezeichnen soll, so dürfen wir diese Ausdrücke wohl anwenden, um so mehr, als sie in der Literatur auch weit verbreitet sind.

a) Die formelle Rechtmässigkeit.

Grundsätzlich ist befehlsberechtigt nur der militärische Vorgesetzte[2]. Wer Vorgesetzter ist, bestimmt die Militärgesetzgebung und ist in den militärischen Vorschriften und Reglementen festgelegt. Ziff. 53 DR lautet: Die Kommandostellen im Heere sind durch das Gesetz über die Militärorganisation bestimmt. In Ziff. 63 MO sind die militärischen Vorgesetzten nach ihren Gradabstufungen aufgezählt, und in den folgenden Ziffern sind

[1] Mayer, S. 126, nennt die ersteren treffend Ausführungsnormen im Gegensatz zu den letzteren, den auszuführenden Rechtssätzen.

[2] Vgl. Im Hof, S. 323: Dienstbefehle zu erteilen ist befugt, wer dem öffentlichen Bediensteten vorgesetzt ist. Nostitz, S. 36, Gugger, S. 39 ff.

die Verhältnisse bei gleichem Grade und die Erwerbung der verschiedenen Grade geregelt. Vorgesetzter ist aber nur, wer ein Kommando führt[3] und Ziff. 8 DR macht einen Unterschied zwischen Höherem und Vorgesetztem: „Der im Grade oder Rang Höherstehende ist für jeden im Grade oder Rang Nachstehenden der Höhere; er ist aber der Vorgesetzte nur für solche, die seiner Befehlsgebung unterstellt sind." Dem Höheren möchte ich aber Vorgesetzteneigenschaft zusprechen, wenn es sich um Angelegenheiten handelt, die das allgemeine militärische Verhalten eines Soldaten betreffen. Er kann z. B. einen Soldaten auf der Strasse wegen Trunkenheit oder ungebührlichen Betragens zur Rede stellen, ebenso z. B. wegen mangelhaften Grusses, und hat in dieser Hinsicht Befehlsgewalt wie der direkte Vorgesetzte. Dagegen kann ein Höherer, z. B. ein Offizier einer andern Waffengattung, einem Wachtkommandanten keinen Befehl betreffend die Organisation der Wache geben; wohl aber könnte er einer sitzenden Schildwache befehlen, aufzustehen[4]. Dieser Tatsache, dass auch der Höhere in gewissen Fällen Befehlsgewalt haben kann, scheint auch das MSGB Rechnung zu tragen, indem es in Art. 18 neben dem Vorgesetzten auch den Höheren nennt[5].

Abgesehen von diesen Fällen hat also nur der Vorgesetzte über die Truppen Befehlsgewalt, welche seinem Kommando unterstellt sind. Das Kommando, und damit die dem Kommando entsprechende Befehlsgewalt, kann auch von Fall zu Fall von einem höheren Vorgesetzten übertragen werden, z. B. ein Bataillonskommandant kann einen Hauptmann mit der vorübergehenden Führung des Bataillons beauftragen. Doch wird für das Erlangen einer solchen ausserordentlichen Befehlsgewalt immer eine ausdrückliche Uebertragung der Vorgesetzteneigenschaft seitens einer hiezu zuständigen Militärperson nötig sein. In normalen Verhältnissen wird das wohl auch immer zutreffen. Im Kriege aber, bei Verlusten unter den Kadres, kommt es oft vor, dass einer aus eigener Initiative ein Kommando an sich nimmt, wenn alle Führer gefallen sind. Nostitz[6] glaubt, dass dieser nicht Vorgesetzter werde: „kann nur überreden, nur durch sein Bei-

[3] Den Grad dagegen behält man, auch wenn man das Kommando nicht mehr führt. MO Ziff. 63.

[4] Vgl. hiezu die Regelung der Kommandoverhältnisse in DR Ziff. 53 für zusammengesetzte Truppenkörper. Rieter, S. 59: „Wenn ein solcher indirekter Vorgesetzter einen Soldaten auf der Strasse wegen Trunkenheit stellt, so hat er Anspruch auf Gehorsam, obwohl er nicht der direkte Vorgesetzte ist."

[5] Und Art. 62 bestraft die Drohung gegen „Vorgesetzte oder Höhere" gleich.

[6] Nostitz, S. 37.

spiel wirken, befehlen kann er nicht", weil die ausdrückliche Ernennung zum Vorgesetzten fehlt. Ich möchte aber in einem solchen Falle doch Vorgesetzteneigenschaft und darum Befehlsgewalt annehmen, das ist aus militärischen Erwägungen gerade in diesen schwersten, kritischen Momenten einer Schlacht unbedingt erforderlich. Man kann sich die Befehlsgewalt als stillschweigend übertragen denken; es ist sicher im Sinne des höheren Vorgesetzten, dass überhaupt jemand einstweilen diese führerlose Abteilung führt. Dieser freiwillige Führer kann ja nachher noch bestätigt werden, oder durch einen andern ersetzt werden. In der Praxis ist diese theoretische Frage nicht wichtig. Ausschlaggebend ist hier einfach die Persönlichkeit des betreffenden Führers; es wird sich niemand darum kümmern, ob seine höchst anerkennenswerte und wertvolle Kommandoübernahme rechtlich begründet war.

Wie gross der Kreis der Untergebenen ist, die der Befehlsgewalt eines Vorgesetzten unterstehen, richtet sich nach dem Kommando, das der Betreffende seinem Grade nach innehat, oder für einen speziellen Fall übertragen erhält, und ist von Fall zu Fall zu beurteilen. Wachen z. B. dürfen nur von der Kommandostelle, welche ihre Aufstellung angeordnet hat, Befehle annehmen[7]. Der die Wache kommandierende Zugführer ist deshalb seinem Hauptmann bezüglich des Wachtdienstes nicht mehr direkt unterstellt, wenn er vom Bataillonskommandanten auf Wache befohlen wurde.

Allgemein gilt, dass sich Dienstbefehle nur an Militärpersonen richten können, doch ist es unter gewissen Umständen zweifellos möglich, dass auch Zivilpersonen in das militärische Gewaltverhältnis eintreten und der militärischen Befehlsgewalt unterstehen[8]. Eine weitere Erörterung dieser Frage gehört aber nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

Soviel soll hier über die formellen Erfordernisse für die Rechtmässigkeit des Dienstbefehls gesagt sein. In den einzelnen Fällen wird es praktisch (weder für den Untergebenen, noch für den Juristen) nicht schwer sein, die Zuständigkeit des Inhabers der militärischen Befehlsgewalt zur Erteilung eines bestimmten

[7] DR Ziff. 209.

[8] Vgl. hiezu Achermann, S. 21. In den Manövern der 6. Division 1929 schrieb eine heerespolizeiliche Verordnung vor, dass Automobile an marschierenden Kolonnen nicht vorbeifahren durften. Hier hatte der Kommandant einer solchen Kolonne sicher die Befugnis, zivilen Automobilisten zu befehlen, anzuhalten. In Kriegszeiten (MO Ziff. 203 und 208) und in Zeiten innerer Unruhen wird die Frage ebenfalls akut, ebenso für Wachen.

Befehls zu erkennen. Durch die ausführlichen Bestimmungen in den militärischen Gesetzen und Vorschriften ist allgemein genügend Klarheit geschaffen worden.

b) Die materielle Rechtmässigkeit.

Hier haben wir nun, im Gegensatz zu den persönlichen, die sachlichen Voraussetzungen der Rechtmässigkeit zu untersuchen. Was darf befohlen werden?[9]

Die Staatsorgane (Beamten) sind in ihrer Tätigkeit an die Gesetze gebunden, sie haben ihre Entscheidungen so zu fällen, wie die Rechtsnormen es vorschreiben. Für sie sind die Gesetze Normen, und zwar Entscheidungsnormen. Darum kann die materielle Rechtmässigkeit des Befehls nur an den auszuführenden Gesetzen gemessen werden. Der Beamte trifft seine Entscheidung durch Befolgung des in der Entscheidungsnorm enthaltenen abstrakten Imperativs; er befiehlt in concreto, was das Gesetz in abstracto gewollt hat. Daraus gelangt Mayer[10] zu dem Resultat: rechtmässig ist jeder Befehl, der das Produkt einer Gesetzeskonkretisierung ist. Das wäre nicht der Fall, wenn der Befehl auf einem Akt beruhen würde, der als Nichtbefolgung des abstrakten Imperativs zu charakterisieren ist, wenn der Vorgesetzte ein Gesetz falsch anwenden würde.

Diese grundlegenden Feststellungen gelten vom Befehl überhaupt, d. h. von jedem, einem öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnis entspringenden Befehl (z. B. auch vom zivilen Beamtenbefehl). Für den *militärischen Befehl* haben wir schon oben (§ 2) verlangt, dass er von einem Inhaber der militärischen Befehlsgewalt ausgehe und eine Dienstsache betreffe. Wir haben also die Handlungen, die durch militärischen Befehl verlangt werden können, schon von vorneherein auf militärische Diensthandlungen beschränkt. Es bleibt uns darum noch zu untersuchen, was eigentlich unter Dienstsache zu verstehen ist.

Mayer nennt als wesentliches Merkmal: „Die anbefohlene Handlung oder Unterlassung muss ihrem Inhalt nach ‚Dienst'

[9] Der deutsche Strafrechtslehrer Mayer hat sich mit dieser Frage sehr gründlich und ausführlich beschäftigt in dem Aufsatz: „Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten" in der Festschrift für Laband. Diese Abhandlung hat für die Behandlung des rechtswidrigen Befehls ganz besondere Bedeutung erlangt. Sie dient den meisten einschlägigen Arbeiten als Grundlage, so auch der vorliegenden, wenigstens soweit es sich um allgemein juristische Fragen und Klarlegung der Begriffe handelt, und nicht die Eigenart des schweizerischen Militärrechts eine abweichende Stellungnahme erfordert. Dies ist z. B. der Fall bei der schon oben für das schweizerische Recht abgelehnten Unterscheidung zwischen Dienstbefehl und Befehl in Dienstsachen.

[10] Mayer, S. 129.

sein, also in den Berufskreisen des Soldaten, so wie ihn die militärische Kultur nach Massgabe der Kriegs- und Friedensaufgaben umschreibt, hineinfallen."

Es ist auf den ersten Blick klar, dass der Begriff „Dienstsache" nicht ein für allemal genau umschrieben werden kann. Der Kreis der Berufstätigkeit des Soldaten hat eben recht verschiebbare Grenzen. Die besten Anhaltspunkte wird uns die Aufgabe der Armee geben: im Frieden steht die Ausbildung der Truppen, im Kriege die Bekämpfung des Feindes im Mittelpunkt des Dienstes, und jedes Verhalten, das im Hinblick auf diese Aufgaben nötig erscheint, ist Dienstsache. Die Definition lässt sich also so formulieren: „Dienstsache ist der Inbegriff dessen, was im Interesse der militärischen Tätigkeit begründet erscheint und was diese nach ihrem innern Wesen fordert"[11]. Das einzige Merkmal, welches den Dienstbefehl auszeichnet, besteht darin, dass die anbefohlene Handlung nahe oder entfernte Beziehung zum „Dienst" haben muss[12]. Fehlt dieses Merkmal, so liegt kein Dienstbefehl vor. Hier überschreitet der Befehlende die ihm vom Staat gesetzten Grenzen.

Hiemit ist der Begriff „Dienstsache" sehr weit gefasst, das ist freilich zuzugeben. Aber es entspricht auch der Tatsache, dass die militärischen Interessen ihre Wellen bis weit in die Rechtssphäre des Privaten hineinschlagen. Die Ausstrahlung der militärischen Aufgabe reicht weit in das Gebiet der nichtmilitärischen Verhältnisse, in Privatangelegenheiten, hinein. Dadurch können Angelegenheiten, die an und für sich privater Natur sind, dienstlichen Charakter annehmen, und Befehle, die sich auf solche Angelegenheiten beziehen, sind als Befehle in Dienstsachen zu betrachten. Es gibt Fälle, wo der Vorgesetzte das Recht hat, vom Untergebenen Dienstleistungen zu verlangen, welche nur sein Privatinteresse betreffen, z. B. von Offiziersbedienten, Ordonnanzen usw.[13]. Dieses Verhältnis muss auch ausserhalb der reglementarisch festgestellten Offiziersbedienten angenommen werden, soweit nach allgemeiner Uebung im Militärdienst ein Vorgesetzter einen Untergebenen zur Besorgung seiner Privatangelegenheiten verwenden kann (wie z. B. der Zugfuhrer irgendeinen Mann

[11] Herz-Ernst, Kommentar zum MSGB, zitiert bei Gugger, S. 29 und Nanz, S. 56. Rieter, S. 37.

[12] Dabei ist „Dienst" eben im oben umschriebenen Sinne zu verstehen: Die nach Zweck und Wesen der Armee begründete Tätigkeit des Soldaten.

[13] Eine Offiziersordonnanz, die sich weigert, die Kleider des Offiziers in Ordnung zu halten, macht sich des Ungehorsams gegen einen Befehl in Dienstsachen schuldig, Nanz, S. 58.

seines Zuges zur Bestellung des Gepäcks, zur Reinigung der Kleider usw.).

Diesen Befehlen in Dienstsachen sind nun die Befehle in Privatsachen gegenüberzustellen, das sind Befehle, die eine reine Privatangelegenheit betreffen. Solche Befehle zu erlassen, ist der Vorgesetzte grundsätzlich nicht befugt[14], es sind keine Dienstbefehle und der Untergebene ist ihnen keinen Gehorsam schuldig. Ich möchte hier der Auffassung von Nanz[15] nicht ganz beipflichten: „Es entspricht der militärischen Disziplin, dass der Untergebene alle Befehle, auch diejenigen, welche Privatsachen betreffen, ausführt, sofern sie nicht offensichtlich ein Verbrechen oder Vergehen bezwecken; nachher können sie bei der zuständigen Instanz Beschwerde erheben." Nanz glaubt, dass damit das Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Untergebenem eng gestaltet werde. Das mag wohl sein und ist auch sehr anerkennenswert, aber juristisch ist eben nur der Befehl in Dienstsachen Dienstbefehl und verbindlich. Der Privatbefehl ist kein Dienstbefehl und man kann sicher von einem Untergebenen die Ausführung nicht verlangen, selbst dann nicht, wenn der Befehl kein Verbrechen oder Vergehen bezweckt. Wenn man den Begriff „Dienstsache" weit genug fasst, wie wir es oben gemacht haben, so ist das m. E. auch nicht nötig. Will der Untergebene einen Privatbefehl doch befolgen[16], so ist das schliesslich eine Frage des Taktes; er wird es aus Achtung vor dem Vorgesetzten tun, so wie man eine Bitte erfüllt. Nur muss man sich dabei klar sein, dass der Vorgesetzte die betreffende Handlung nicht kraft seiner Befehlsgewalt verlangen und die Verweigerung der Ausführung nicht bestrafen könnte[17].

---

[14] Art. 66 MSGB: Wer die ihm zustehende Befehlsgewalt zu Befehlen oder Begehren missbraucht, die in keiner Beziehung zum Dienste stehen, wird mit Gefängnis bestraft.

[15] Nanz, S. 58.

[16] Z. B. ein Offizier befiehlt einem Untergebenen, ihm in einem Laden Zigaretten zu holen.

[17] Auch Nostitz schreibt S. 33: „In Privatsachen Befehle zu erteilen ist der Vorgesetzte nicht befugt. Erteilt er dennoch einen solchen, so hat der Untergebene nicht das Recht, den Befehl unausgeführt zu lassen. Er muss ihn befolgen, darf sich dann aber bei dem höheren Vorgesetzten beschweren. Trotz der Verbindlichkeit des Befehls in Privatsachen ist jedoch der Ungehorsam gegen ihn kein militärisches Vergehen, er ist bloss eine Disziplinarverfehlung." Das ist widerspruchsvoll und unklar: entweder ist der Vorgesetzte befugt, einen Befehl zu geben, dann muss der Untergebene gehorchen; oder er ist dazu nicht befugt, dann kann man doch vom Untergebenen keinen Gehorsam verlangen. Ferner kann man nicht sagen: „*Trotz* der Verbindlichkeit ist der Ungehorsam kein Vergehen, *sondern nur* eine Disziplinarverfehlung." Die Disziplinarverfehlung unterscheidet sich vom Vergehen grundsätzlich nicht;

Um jedes Missverständnis zu vermeiden, sollen hier nochmals die fraglichen Begriffe genau festgelegt und abgegrenzt werden. Nach dem Gesagten ergibt sich:

1. Als militärischen Befehl bezeichnen wir den Befehl eines Inhabers der militärischen Befehlsgewalt, der eine Dienstsache betrifft. Wir nennen ihn deshalb kurz *„Dienstbefehl"*.

2. Ein Privatbefehl betrifft keine Dienstsache, sondern eine Privatsache, und ist deshalb kein Dienstbefehl; er fällt für unsere Betrachtung dahin.

3. Wir kennen nur eine Art von militärischem Befehl, den Dienstbefehl, und unterscheiden nicht zwischen „Dienstbefehl" als Befehl, der in dienstlicher Form[18] ergangen ist und auch eine Privatsache zum Inhalt haben kann einerseits, und „Befehl in Dienstsachen", dessen Inhalt Dienst sein muss anderseits, wie es das deutsche Recht tut.

Damit nun der in dieser Weise abgegrenzte Dienstbefehl rechtmässig sei, muss er den oben genannten Erfordernissen entsprechen, einmal dem *formellen,* dass der Befehlende persönlich zuständig sei, gerade diesen bestimmten Befehl gerade diesem bestimmten Untergebenen zu erteilen; und sodann dem *materiellen,* dass die befohlene Handlung eine Konkretisierung des Gesetzeswillens darstelle, oder, negativ ausgedrückt, nicht gegen eine gesetzliche Norm verstosse.

Dieser rechtmässige Befehl ist nicht problematisch, er ist immer verbindlich, d. h. der Untergebene muss ihn ausführen[19]. Die positive Rechtsordnung setzt Strafen auf die Nichtbefolgung eines solchen Befehls, die um so schwerer werden, je mehr Gewicht auf pünktliche und genaue Ausführung gelegt werden muss, wie es im militärischen Verhältnis der Fall ist. Das Militärstrafrecht kennt denn auch das Delikt des Ungehorsams, das durch verhältnismässig grosse Strafandrohung die Gehorsamspflicht des Untergebenen besonders betont.

Der rechtmässige Befehl kann oft Handlungen verlangen, die

---

auch sie ist eine rechtswidrige, schuldhafte Handlung, und die Strafe, die den Fehlbaren dafür trifft, steht unter gleichen oder ähnlichen Grundsätzen wie die Vergehensstrafe (vgl. Botschaft 1918). Es gilt darum vielmehr: *Wegen* der Verbindlichkeit des Befehls ist der Ungehorsam gegen ihn *entweder* ein militärisches Vergehen *oder* eine Disziplinarverfehlung.

[18] Dabei anerkennt auch das deutsche Recht die absolute Formlosigkeit der militärischen Befehle. Man kann also nicht auf die dienstliche Form abstellen. Auch hieraus ist wieder ersichtlich, wie wenig befriedigend diese Unterscheidung ist.

[19] Mayer, S. 122: „Die Gehorsamspflicht kollidiert mit keiner andern, die Verbindlichkeit des Befehls ist zweifellos."

an und für sich nicht erlaubt sind. Diese Handlungen (z. B. töten, Freiheitsberaubung, Gefährdung des Lebens und der Gesundheit usw.) sind aber zur Erreichung des Staatszweckes, dem das Heer dient, unter gewissen Umständen (im Kampf für die Integrität des Staates) absolut nötig und darum von der Rechtsordnung direkt verlangt. Mit andern Worten, der Gesetzgeber kann sich veranlasst sehen, den einem Rechtsgut verliehenen Schutz unter gewissen Umständen wieder zurückzuziehen, nämlich dort, wo es der Schutz eines andern, höheren Rechtsgutes (z. B. die Existenz des Staates gegenüber dem Leben einzelner) verlangt[20]. In diesen Fällen muss man ein Verhalten, das an und für sich tatbestandmässig ist, bei bestimmten Voraussetzungen als keiner Norm zuwiderlaufend ansehen. Der Dienstbefehl, der ein solches Verhalten verlangt, ist also rechtmässig, als Konkretisierung des Gesetzeswillens, und verbindlich. Selbstverständlich muss dem Untergebenen für die auf verbindlichen Befehl begangene Tat, mag diese auch sonst im Gegensatz zu Recht und Gesetz stehen, Straflosigkeit zuerkannt werden[21], weil seine Tat hier ebenso rechtmässig ist, wie der verbindliche Befehl.

Diese Grundsätze sind unbestritten: Der rechtmässige Befehl ist verbindlich; die Tat, die auf rechtmässigen, verbindlichen Befehl begangen wird, ist rechtmässig. Für den Untergebenen besteht dem rechtmässigen Befehl gegenüber Gehorsamspflicht.

Wir haben uns daher mit dem rechtmässigen Dienstbefehl nicht mehr weiter zu befassen.

II. Der rechtswidrige Befehl.

Uns interessiert nur der rechtswidrige Befehl, da nur dieser für den Untergebenen strafrechtliche Wirkung haben kann; denn die Rechtswidrigkeit ist Erfordernis des Straftatbestandes[22]. Umgekehrt erlangt die Frage nach der Rechtswidrigkeit erst Bedeutung, wenn ein Tatbestand erfüllt ist. Mayer[23] sagt dazu: „Nur wenn das Verhalten eines Menschen dem Tatbestand eines Strafgesetzes entspricht, also *tatbestandmässig* ist, besteht ein Grund, die *Rechtswidrigkeit* zu prüfen. Wird diese bejaht, so steht die Strafbarkeit der Handlung noch nicht fest: Dazu ist

[20] Feldmann, S. 5.
[21] Nanz, S. 83.
[22] Sie ist eines der drei Elemente des Verbrechensbegriffes: 1. menschliches Verhalten, 2. rechtswidriges Verhalten, 3. schuldhaftes Verhalten (s. Hafter, S. 63).
[23] Mayer, S. 124.

ein drittes Erfordernis nötig, die Zurechenbarkeit. Und wie die Feststellung der Tatbestandmässigkeit die der Rechtswidrigkeit bedingt, so ist diese die Voraussetzung, ohne die der Prüfung der Schuldfrage jeder Sinn fehlt."

Was ist nun rechtswidrig? Zur Erklärung dieses Begriffes müssen wir etwas weiter ausholen: Ausgangspunkt muss ein allgemeiner Begriff der Rechtswidrigkeit, ohne spezifisch strafrechtliche Note, sein. Rechtswidrig ist die Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses, die Uebertretung eines rechtlichen Verbotes oder Gebotes[24]. Nur die *Rechtsnorm* — eine Norm des Zivilrechts, Strafrechts, Staatsrechts usw. — ist Quelle der Rechtswidrigkeit[25]. Diese Rechtsnorm ist zunächst dem gesetzten Recht zu entnehmen, erst in zweiter Linie, wenn nötig, aus einer andern anerkannten Rechtsquelle, z. B. dem Gewohnheitsrecht.

Für die Strafrechtswidrigkeit sind massgebend die Normen des Strafrechts, die ihren Ausdruck finden im Strafgesetz. *Strafrechtswidrig ist daher die Erfüllung eines Delikttatbestandes*[26]. Hiemit sind wir wieder bei der Aeusserung Mayers angelangt: Die Feststellung der Tatbestandmässigkeit bedingt die Rechtmässigkeit. Dadurch, dass das Gesetz ein menschliches Verhalten für strafbar erklärt, begründet es seine Strafrechtswidrigkeit.

Wenn wir nun den Dienstbefehl unter diesem Gesichtspunkt betrachten, so zeigt es sich, dass es neben den rechtmässigen Dienstbefehlen auch rechtswidrige geben kann. Rechtswidrig ist der Dienstbefehl immer dann, wenn er gegen eine Rechtsnorm verstösst, wenn er tatbestandmässig ist. Das kann sowohl in formeller als auch in materieller Beziehung der Fall sein, oder sogar in beiden zugleich.

Vorauszunehmen ist, dass der *Privatbefehl,* wie wir oben schon gesehen haben, immer rechtswidrig ist, weil er gegen Art. 66 MSGB verstösst: „Wer die ihm zustehende Befehlsgewalt zu Befehlen oder Begehren missbraucht, die in keiner Beziehung zum Dienst stehen, wird mit Gefängnis bestraft."

Der *Dienstbefehl* kann *formell* rechtswidrig sein, indem der Befehlende nicht zuständig ist und Art. 70 MSGB verletzt

[24] Vgl. Hafter, S. 63 ff: Die Elemente des Verbrechensbegriffes.

[25] Im Gegensatz zu der sog. „materiellen" Rechtswidrigkeit, als welche einige Autoren (Liszt, Stooss u. a.) unabhängig von der Rechtsnorm ein gesellschaftsfeindliches, antisoziales, gegen das allgemeine Wohl gerichtetes Verhalten bezeichnen.

[26] Natürlich unter der Voraussetzung, dass nicht aus der Rechtsordnung sich ergebende Rechtfertigungsgründe einer Bestrafung des Täters entgegenstehen (z. B. Notwehr usw.). Vgl. oben S. 29 und Feldmann: Die rechtmässigen Handlungen.

wird: „Wer, ohne Befehlsgewalt zu besitzen, sich eine solche anmasst, wird mit Gefängnis bestraft." Ebenso kann er *materiell* rechtswidrig sein. Gegen diese Behauptung werden allerdings Einwendungen gemacht: Inhaltlich muss der Dienstbefehl auf ein Verhalten gerichtet sein, das „Dienst" ist. Ist das verlangte Verhalten aber rechtswidrig, so kann es nicht in den Dienstkreis des Soldaten fallen und es liegt nach der Definition kein Dienstbefehl vor. Nanz[27] schreibt: „Es ist schlechterdings nicht möglich, dass der Befehl in Dienstsachen ein militärisches oder bürgerliches Verbrechen bezwecken kann. Eine Dienstsache darf aus Gründen der Staatsmoral nicht rechtswidriger Natur sein"[28]. Das leuchtet auch wirklich auf den ersten Blick ein. Aber bei näherem Zusehen scheint hier eben der Wunsch der Vater des Gedankens zu sein. Freilich *soll* der Dienstbefehl keine rechtswidrige Handlung verlangen, darüber sind wir wohl alle einig, aber hier gilt eben die Formel: du darfst nicht, aber du kannst! Es kommt eben alles darauf an, was wir unter „Dienstsache" verstehen wollen, und diesen Begriff haben wir oben sehr weit umschrieben: Alles, was nach militärischer Uebung in den Bereich der Tätigkeit des Soldaten fällt, ist Dienstsache. Noch deutlicher ist die negative Abgrenzung: Dienstsache ist alles, was nicht reine Privatangelegenheit ist. Der Befehl, von der Waffe Gebrauch zu machen, ist doch immer Dienstsache, kann aber rechtmässig oder rechtswidrig sein[29]. Abgesehen von diesem Schulbeispiel können noch beliebige weitere Beispiele angeführt werden, wie: der Befehl eines Unteroffiziers an die beim Scheibenschiessen als Zeiger abgeschickten Soldaten, durch Vorzeigen höherer Nummern falsche Resultate zu melden; oder der Befehl des Ronde-Offiziers, eine andere als die tatsächliche Zeit ins Wachtbuch einzutragen. Das sind nicht, wie behauptet wird[30], Befehle, die nur scheinbar eine Diensthandlung anordnen und einem Dienstbefehl täuschend ähnlich sehen, sondern wirkliche, echte Dienstbefehle, die aber rechtswidrigen Inhalt haben, da sie

[27] Nanz, S. 56.

[28] Aehnlich Rieter, S. 38: „Eine Handlung, durch welche sich der Dienstpflichtige strafbar macht, kann unmöglich in seiner Dienstpflicht liegen; also sollte doch auch ein Dienstbefehl in dieser Richtung nicht wohl möglich sein. Ein Befehl, der ausserhalb des gesetzlichen Wirkungskreises liegt, ist nie Dienstbefehl." Ebenso Gugger, S. 30.

[29] Mayer, S. 152. Kaegi, S. 50: „Es scheint mir unzweifelhaft zu sein, dass ein Befehl zum Waffengebrauch immer Dienstbefehl ist; er bezieht sich auf eine militärische Funktion; er steht in direktester Beziehung zur militärischen Eigenschaft des Soldaten.

[30] Rieter, S. 39.

keine Konkretisierung des Gesetzeswillens darstellen. Ferner lassen sich aus dem Gebiet der Vergehen gegen die Landesverteidigung wohl Fälle von inhaltlich rechtswidrigen Dienstbefehlen finden: ein Truppenkommandant befiehlt seinen Truppen in verräterischer Absicht den Abmarsch aus einer wichtigen Stellung[31]. Ein solcher Befehl stellt doch sicher einen Dienstbefehl dar trotz seiner Rechtswidrigkeit. Ebenso möchte ich zu den rechtswidrigen Dienstbefehlen die Befehle zählen, welche eine strafbare Gefährdung der Truppe darstellen. In der Ausbildung der Gebirgstruppen z. B. sind solche Fälle leicht denkbar, wenn übermässige alpine Leistungen verlangt werden; hier kann der Art. 70 MSGB in Frage kommen: „Wer ohne genügende dienstliche Veranlassung das Leben oder die Gesundheit eines Untergebenen ernstlich gefährdet, wird bestraft." Hier liegt sicher Dienstsache vor, dienstliche Veranlassung, die freilich der Gefährdung nicht adäquat ist. Wir brauchen übrigens nicht einmal so „hoch hinauf zu steigen", um solche Beispiele zu finden: Ich möchte hier an das Ereignis in Freiburg im April 1929 erinnern, wo ein Rekrut in der Saane das Leben verlor, weil der Korporal seine Gruppe auf Befehl des Leutnants in das Wasser führte. Hier lag sicher ein Dienstbefehl vor, solche Erziehungsmittel waren im Gebrauch und wurden von allen Beteiligten auch als Dienstbefehl aufgefasst. Dass dieser Dienstbefehl als rechtswidrig bewertet wurde, zeigt sich darin, dass das Divisionsgericht den Offizier schuldig erklärte. Nach unserer Definition des Dienstbefehls als übergeordneten und des *rechtmässigen* Dienstbefehls als untergeordneten Begriff, dürfen wir ohne Zögern auch einen *materiell* rechtswidrigen Dienstbefehl anerkennen. Im andern Falle dürfte das Gesetz auch nicht von „Befehl in Dienstsachen, durch den ein Strafgesetz verletzt wird" (§ 47, deutsches MSGB), „oder von dienstlichem Befehl, auf den ein Verbrechen oder Vergehen begangen wird" (Art. 18 MSGB), reden. Diese Gesetzestexte lassen deutlich erkennen, dass auch ein Dienstbefehl eine rechtswidrige Handlung verlangen kann, sonst wären sie ja geradezu sinnlos[32].

Bis jetzt haben wir immer nur von der Rechtmässigkeit *des Befehls* gesprochen. Strafrechtlich kann rechtswidrig nur ein menschliches Verhalten sein. Zu einem Befehl gehören aber immer zwei Personen, nämlich eine, die den Befehl erteilt, und eine (oder

[31] Oder: Ein Grenzpostenchef befiehlt die Nichtbewachung eines Abschnittes während einiger Stunden, um einen Einbruch zu ermöglichen.

[32] Ebenso Stooss, S. 169.

mehrere), an die sich der Befehl richtet. Beide sind am Befehl beteiligt, die eine befiehlt, die andere führt aus. Wir haben also ein doppeltes menschliches Handeln. Dem entspricht auch eine doppelte Auswirkung der Rechtswidrigkeit: sie kann in der Person des Befehlenden und in der Person des Untergebenen auftreten. Das Handeln sowohl der einen wie der andern Person kann ein rechtwidriges sein. Diese Erscheinung haben wir nun noch zu untersuchen.

Sicher liegt Rechtswidrigkeit immer auf seiten des Befehlenden vor. Sowohl derjenige, welcher seine Befehlsgewalt missbraucht (Privatbefehl), wie derjenige, welcher sich eine Befehlsgewalt anmasst (formelle Rechtswidrigkeit, Unzuständigkeit), als auch derjenige, welcher eine strafbare Handlung befiehlt (materiell rechtswidriger Dienstbefehl) verstösst gegen eine Rechtsnorm und begeht eine rechtswidrige Handlung. Das Erfordernis der Tatbestandmässigkeit ist erfüllt, und dies zwar unabhängig davon, ob der Befehl wirklich ausgeführt worden ist oder nicht.

Wie steht es aber beim Untergebenen? Hier erhebt sich die Frage, ob jede Ausführung eines rechtswidrigen Befehls für ihn auch rechtswidrig ist, oder nur dann, wenn die Handlung, die der Untergebene — allerdings auf Befehl — begeht, selbst den Tatbestand eines Strafgesetzes darstellt. Das letztere müssen wir als richtig annehmen. Setzen wir z. B. den Fall: ein Vorgesetzter befiehlt in einem Privatbefehl einem Untergebenen eine rein private Handlung, die aber selbst keine strafbare Handlung darstellt, sondern rechtlich völlig irrelevant ist. Der Untergebene führt diesen Befehl aus; er begeht aber dadurch keine rechtswidrige Handlung, obwohl der Befehl für den Vorgesetzten rechtswidrig ist und dieser (wenn er schuldhaft befiehlt) Bestrafung erwarten muss. Oder: ein Vorgesetzter erteilt einen Dienstbefehl, ohne dazu zuständig zu sein; die befohlene Handlung ist aber an und für sich nicht rechtswidrig (der zuständige höhere Vorgesetzte z.B. könnte diese Handlung jederzeit rechtmässig befehlen); wenn der Untergebene diesen Befehl auch ausführt, so kann diese Handlung für ihn deswegen nicht strafbar sein, weil sie nicht rechtswidrig ist.

Die Rechtmässigkeit auf seiten des Untergebenen kann erst dann in Frage kommen, wenn die befohlene Handlung selbst eine strafbare Handlung ist; ob das Erteilen des Befehls schon für sich allein eine Straftat ist, ist für den Untergebenen ohne Belang. (Dagegen ist der rechtswidrige Befehl — wie wir noch

sehen werden — doch unverbindlich, wenn die durch ihn verlangte Handlung auch nicht strafbar ist. Die Verbindlichkeit eines Privatbefehls, der keine strafbare Handlung bezweckt, könnte doch zu absurden Folgen führen, man denke z. B. an den Befehl zu unzüchtigen Handlungen, die keinen gesetzlichen Tatbestand erfüllen)[33].

Durch einen Privatbefehl *kann* Rechtswidrigkeit auf seiten des Ausführenden entstehen, wenn z. B. ein bürgerliches Delikt (etwa ein Sittlichkeitsdelikt) befohlen war. Anders dagegen: wenn ein Regimentskommandant seinen Offizieren den Befehl gibt, zu einer Stiftung zugunsten der Unteroffiziere Geld beizusteuern, so macht er sich des Missbrauches seiner Dienstgewalt schuldig. Das Geben des Befehls ist rechtswidrig, die durch den Befehl bezweckte Handlung der Untergebenen ist es aber nicht. Auf einen nur formell rechtswidrigen Dienstbefehl hin wird *höchst selten* der Ausführende rechtswidrig handeln: wenn ein Zugführer einem fremden, seiner Befehlsgewalt nicht unterstehenden Zug befiehlt, Gewehrgriffe zu üben, so bedeutet die Ausführung dieses Befehls keine rechtswidrige Handlung, obwohl der Befehlende unzuständig ist, und eventuell für diesen Befehl disziplinarische Strafe zu gewärtigen hat. Anders kann die Sache liegen, wenn es in einer Rekrutenschule einstweilen verboten ist, Gewehrgriffe zu üben. Der Kompagniekommandant, der trotzdem Gewehrgriffe üben lässt, handelt rechtswidrig, hier aber ebenso die Zugführer, die diesen Befehl ausführen, indem sie ihrerseits gegen den Schulbefehl handeln, nicht aber der einzelne Mann, der den Gewehrgriff macht: dieser hat nicht unzuständigerweise einen Befehl gegeben, sondern einfach einen Gewehrgriff gemacht, was sicher nichts Rechtswidriges ist[34]. *Immer*

[33] Siehe Rieter, S. 129.

[34] Nostitz, S. 69, führt hiezu folgendes Beispiel an: „Ein Regimentskommandant befiehlt, dass seine Kompagniekommandanten die Mannschaft so einzuexerzieren haben, dass auf das Kommando: Rührt euch! ein bestimmter Fuss vorzusetzen ist. Davon steht im Exerzierreglement kein Wort, der Regimentskommandant verstösst gegen das Reglement. Der Kompagniechef aber, der diesen Befehl ausführen wollte, müsste seinerseits vom Reglement abweichen. Er würde ebenfalls gegen das Reglement verstossen und sich eines Vergehens schuldig machen. Nur der Mann, der den Befehl ausführt, tut nichts Strafbares; er ändert nichts am Reglement, er setzt nur einen Fuss vor, wenn man es von ihm verlangt. Und das Vorsetzen eines Fusses ist weder ein Verbrechen noch ein Vergehen." Dieses Beispiel ist gewiss richtig. Es darf hier einmal auf die rechtliche Bedeutung der leider nicht sehr seltenen Erscheinung hingewiesen werden, dass auch bei uns ohne genügenden Grund oft Befehle zur Ausbildung des Soldaten gegeben werden, die von den Reglementen abweichen. Das ist grundsätzlich rechtswidrig. Das Reglement ist ein allgemeiner Dienstbefehl und verlangt Gehorsam. Abgesehen von der juristischen

rechtswidrig ist dagegen die Ausführung des materiell rechtswidrigen Befehls. Hier liegt eben die Rechtswidrigkeit, d. h. die Tatbestandmässigkeit gerade im Inhalt, in der befohlenen Handlung.

Man könnte vielleicht versuchen, Rechtswidrigkeit auf seiten des einen rechtswidrigen Befehl Ausführenden immer anzunehmen, indem man die Ausführung als Teilnahme am rechtswidrigen Befehl konstruiert. Dagegen ist zu sagen: im einen Fall liegt die Rechtswidrigkeit nur in der Befehls*gebung* durch den Vorgesetzten und die Ausführung kann man doch nicht als Teilnahme an der Befehlserteilung, die allein einen gesetzlichen Straftatbestand darstellt, auffassen. Andererseits bildet die *Ausführung* eine Handlung für sich, die erst strafrechtlich relevant wird, wenn sie selbst tatbestandmässig ist. Dass sich das Strafrecht erst mit dem Untergebenen befasst, wenn die befohlene Handlung strafbar ist, zeigen auch die Gesetzestexte: „Wird durch die *Ausführung* eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt ..." (§ 47 Deutsches MSGB); *„an sich unerlaubte Handlungen* sind straflos, wenn sie auf ... Befehl begangen wurden" (Art. 30 MSGB 1851), und: „Wird ein *Verbrechen* oder *Vergehen* auf dienstlichen Befehl *begangen*" (Art. 18 MSGB).

Unsere Auffassung, dass der Gehorchende nur rechtswidrig handeln kann, wenn die befohlene Tat verboten war, muss auch vom militärischen Standpunkt aus als die einzig mögliche gelten. Der Untergebene wäre ja geradezu in einer verzweifelten Lage, müsste er jedem für den Vorgesetzten rechtswidrigen Befehl den Gehorsam verweigern; eine militärische Disziplin wäre ja gar nicht mehr denkbar.

Auch wenn der rechtswidrige Befehl unverbindlich ist[35], so ist noch nicht gesagt, dass er deshalb nicht ausgeführt werden *dürfe*[36]. Nicht ausgeführt werden darf er erst dann, wenn die Ausführung, das Resultat des Befehls, unter Strafe gesetzt ist; dann erst handelt der Untergebene tatbestandmässig und rechtswidrig und erst dann hat sich das Strafrecht mit dem einem rechtwidrigen Befehl Gehorchenden zu befassen.

Seite, sind solche Willkürlichkeiten auch vom militärischen Standpunkt aus nicht erspriesslich. Lieber ein Reglement, das allgemein gilt, als verschiedene „Gebräuche", selbst wenn diese praktischer wären, als die Vorschrift des Reglementes. Etwas anderes ist es natürlich, wenn versuchsweise neue Formen für eine Abänderung des Reglementes ausprobiert werden sollen.

[35] Siehe unten bei der Behandlung der Wirkungen des rechtmässigen Befehls für den Untergebenen (§ 4).

[36] Ein Wunsch, eine Bitte, ist für mich unverbindlich, ich darf sie aber doch erfüllen.

Die Rechtswidrigkeit der Ausführung ist völlig unabhängig von der *Schuld* des befehlenden Vorgesetzten. Ob dem Vorgesetzten sein rechtswidriger Befehl auch zugerechnet werden könne, spielt für den Untergebenen gar keine Rolle, sondern nur für die Strafbarkeit des Vorgesetzten[37]. Für den Untergebenen gilt einfach, dass die auf Befehl begangene Handlung objektiv rechtswidrig ist, wenn sie tatbestandmässig ist. Der Befehl kann dabei von einem unzurechnungsfähigen, von einem wahnsinnigen Offizier erteilt worden sein. Das berührt die Tatbestandmässigkeit der Ausführung keineswegs. Es wäre ja geradezu widersinnig, wollte man dem Befehl eines irrsinnigen Vorgesetzten die Rechtswidrigkeit abstreiten, weil dieser nicht zurechnungsfähig ist und nicht schuldhaft handelt. Diese Auffassung könnte nur die Folge einer Vermischung und Verwechslung des objektiven Begriffes der Rechtswidrigkeit und des subjektiven der Schuld sein[38].

Schliesslich soll hier der Vollständigkeit halber noch erwähnt werden, dass natürlich ein Dienstbefehl den Charakter der Rechtmässigkeit noch nicht verliert, wenn der Vorgesetzte in seiner Befehlsgebung bloss pflichtwidrig handelt, indem er z. B. ungeschickte oder unzweckmässige Befehle erteilt. Dies wird vor allem wichtig im Gefecht, wo die Meinungen über die Zweckmässigkeit einer Anordnung oft recht weit auseinandergehen können. Hier ist dem Vorgesetzten eine weite Möglichkeit zur Wahl seiner Entschlüsse gelassen, er trägt die Verantwortung für das Gelingen wie das Misslingen einer militärischen Aktion. Grundsätzlich ist dem Unterführer in solchen Lagen kein Recht gegeben, sich, nur weil er der Ansicht ist, der Befehl sei nicht

---

[37] Nämlich für die Frage, ob er als unmittelbarer Täter oder Anstifter bestraft werden könne. Vgl. hiezu Gugger, S. 40 ff. „Anstiftung zu strafbaren Handlungen". Ebenso Rieter, S. 125: „Der Untergebene muss, um verantwortlich gemacht werden zu können, ohne Rücksicht auf die Schuldseite des Vorgesetzten erkennen, die befohlene Handlung werde ein Delikt darstellen."

[38] Mayer, S. 130, sagt bei seiner Umschreibung des rechtswidrigen Befehls: „Der Untergebene darf den Gehorsam nur verweigern, wenn er überzeugt ist, dass der Vorgesetzte das Gesetz vorsätzlich oder fahrlässig falsch angewendet hat." Und er zitiert Cosak: Der „absichtlich" gegen das Gesetz verstossende Befehl sei unverbindlich. Dem möchte ich nun nicht zustimmen: Es scheint mir unrichtig, in die objektive Rechtswidrigkeit ein subjektives Moment hineinzumischen. Vorsatz, Absicht und Fahrlässigkeit sind freilich strafrechtlich bedeutend. Aber die Schuld ist ein Merkmal des Deliktes, das ausser und neben der Rechtswidrigkeit steht. Man kann wohl die Strafbarkeit einer Handlung von der Schuld abhängig machen, nicht aber die Rechtswidrigkeit. Ich möchte darum daran festhalten, dass ein rechtswidriger Befehl auch von einem Unzurechnungsfähigen gegeben werden kann.

zweckmässig, über ihn hinwegzusetzen, oder ihm entgegenzuhandeln. Tut er es aber doch, weil er überzeugt ist, dass die militärische Lage es erfordert, so geschieht es auf eigene Verantwortung, und der tatsächliche Erfolg wird sein Verhalten rechtfertigen müssen.

„Auch rechtswidrige Befehle finden folgsame Diener." Es ist aber auch sofort klar, dass die Rechtsordnung diesen rechtswidrigen Handlungen eine besondere Behandlung zugestehen muss. Einerseits wird die Subordination nirgends so stark betont, wie im Militär und sollte darum auch der rechtswidrige Befehl dem Untergebenen Deckung bieten. Anderseits aber darf in einem Rechtsstaat das Gesetz auch dem Diensteifer nicht preisgegeben werden.

Einerseits soll die besondere Stellung des militärischen Untergebenen berücksichtigt werden, anderseits muss die Unverletzbarkeit der Rechtsnormen garantiert sein. Wenn man von einem Strafgesetz verlangt, dass es „so beschaffen sei, dass jeder ehrlich Denkende sicher sein kann, in seinem Verhalten unbehelligt zu bleiben, dass aber der Schuft und Bösewicht sicher und unnachsichtlich getroffen werde", so steht der Gesetzgeber vor keiner sehr leichten Aufgabe, wenn er den Wirkungen des rechtswidrigen Befehls auf den Untergebenen gerecht werden will. Wie das versucht wurde und auf welche Art es wirklich möglich ist, bildet im folgenden den Gegenstand unserer Untersuchungen.

§ 4. Die Wirkung des rechtswidrigen Befehls für den Untergebenen.

In dem Bestreben, demjenigen, der eine strafbare Handlung auf Befehl eines militärischen Vorgesetzten begeht, Straffreiheit zu sichern, sind zwei Wege eingeschlagen worden. Die Strafbarkeit einer Handlung ist abhängig vom Vorliegen der Rechtswidrigkeit und der Schuldhaftigkeit. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so kann nach heute allgemein geltenden strafrechtlichen Grundsätzen keine Bestrafung stattfinden. Dem militärischen Untergebenen ist darum genügend Schutz gewährt, wenn durch den rechtswidrigen Befehl für ihn entweder die Rechtswidrigkeit oder die Schuld ausgeschlossen wird. Es sind denn auch beide Lösungen versucht worden:

1. Die einen betrachten den rechtswidrigen Befehl als einen die Widerrechtlichkeit der Ausführung ausschliessenden Umstand, als *Rechtfertigungsgrund*.

2. Die andern fassen ihn als *Schuldausschliessungsgrund* für den Untergebenen auf.

I. Der rechtswidrige Befehl als Rechtfertigungsgrund.

Diese Konstruktion hat ihre Hauptvertreter gerade auf dem Gebiet des Militärrechts gefunden. Das ist sehr begreiflich, denn nirgends muss einem Befehle so strikte nachgekommen werden, wie gerade beim Militär, soll das Heer seine ihm gestellten Aufgaben erfüllen können. Nirgends wird der unbedingte Gehorsam so stark betont wie in den Militärstrafgesetzen, den militärischen Reglementen und Vorschriften. Das ist eine natürliche Folge aus dem Prinzip der straffen militärischen Disziplin[1]. Darum kommt man zur Ueberzeugung, dass ein Ungehorsam gegen einen rechtswidrigen Befehl schwerwiegendere Folgen nach sich zieht und die Sicherheit des Staates mehr gefährden würde als die allfällige Verletzung von Rechtsgütern. Im Vergleich zur Erschütterung der militärischen Disziplin muss daher eine solche Rechtsgüterverletzung als das kleinere Uebel gelten[2]. Die Anhänger dieser Theorie verlangen also, dass jeder Befehl des militärischen Vorgesetzten, der rechtmässige sowohl wie der rechtswidrige, vom Untergebenen ausgeführt werden müsse; auch die Nichtbefolgung eines rechtswidrigen Befehls sei vom Staat unter Strafe gestellt. Sie konstruieren also mit andern Worten einen *rechtsverbindlichen rechtswidrigen Befehl,* und versuchen, auf diese Weise das Ziel zu erreichen: wenn ein verbindlicher Befehl vorliegt, so muss dem Untergebenen für die Ausführung Straffreiheit zugesichert sein, und der Vorgesetzte hat die Tat allein zu verantworten[3]. Die Handlung, die auf Grund eines verbindlichen Befehls vorgenommen wird, ist sicher eine rechtmässige. Die rechtlich gebotene Norm, eine strafbare Handlung zu unterlassen, wird hier im Einzelfalle der Gehorsamspflicht geopfert.

Die Richtigkeit dieser Theorie ist also abhängig von der Konstruktion eines *verbindlichen rechtswidrigen Befehls,* wie sie in

[1] Rieter, S. 32.
[2] Rieter, S. 32.
[3] Nanz, S. 83.

der Literatur nicht selten versucht worden ist[4]. Dieses eigentümliche, widerspruchsvolle Gebilde ist aber stets angegriffen worden und schliesslich hat Mayer in seiner äusserst klaren und logischen Abhandlung über den rechtswidrigen Befehl des Vorgesetzten in der Festschrift für Laband dieser Auffassung wohl den Todesstoss gegeben; die heute herrschende Auffassung hat denn auch die Konstruktion des rechtswidrigen Befehls als Rechtfertigungsgrund fallen gelassen.

Mayer[5] sagt: „Nur der rechtmässige Befehl kann verbindlich sein, während der rechtswidrige, der doch allein zu Zweifel Anlass gibt, niemals eine Gehorsamspflicht auszulösen vermag. Kommt man dazu, auch dem rechtswidrigen Befehl bindende Kraft beizulegen, so zeigt sich gleich der Fluch der bösen Konstruktion: Da die Erfüllung einer Rechtspflicht nicht rechtswidrig sein kann, muss der rechtswidrige Befehl kraft seiner Verbindlichkeit die Rechtswidrigkeit der anbefohlenen Handlung ausschliessen — eine geradezu übernatürliche Verwandlung des Unrechts in Recht, ein Wunder!"

Er fährt dann mit folgenden Ueberlegungen fort: Der Widerspruch, der im Begriff des rechtswidrigen verbindlichen Befehls liegt, zeigt sich in der Folgerung, dass die Ausführung eines rechtswidrigen Befehls rechtmässig sein könne, Unrecht könne auf dem Wege von der Anordnung bis zur Verwirklichung Recht werden. „Es ist verlorene Mühe, diese Metamorphose rechtfertigen zu wollen. Was in seinem Grunde Unrecht ist, kann nicht dadurch Recht werden, dass es ein anderer ausführt." Die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht haben diesen Einwand nie entkräftigt. Sie stützen sich einfach auf die Verbindlichkeit des Befehls und beschwören dadurch eine Pflichtenkollision herauf: die dienstliche Gehorsamspflicht kollidiert mit der Pflicht, gesetzlich geschützte Güter nicht anzutasten, und es fragt sich, ob diese Untertanenpflicht durch jene Dienstpflicht aufgehoben

---

[4] v. Liszt: „Der Befehl des Vorgesetzten an den Untergebenen schliesst für diesen die Rechtswidrigkeit der auf Befehl begangenen Handlung soweit aus, als die Rechtsordnung die unbedingt verbindende Kraft des Befehls anerkennt."

Wachenfeld: „Nur im militärischen Dienstverhältnis, aus dem der Soldat zur Vermeidung des Unrechtes nicht beliebig austreten kann, ist der Befehl imstande, die Rechtswidrigkeit zu beseitigen."

Und Hecker: „Wird durch die Ausführung eines Befehls eines Vorgesetzten ein Strafgesetz verletzt, so ist der gehorchende Untergebene straflos, wenn er zum Gehorsam verpflichtet ist, der Befehl also ein verbindlicher war." (Zitiert bei Nanz, S. 85.)

[5] Mayer, S. 119 ff.

werden kann. Die Lösung dieser Frage findet Mayer darin, dass er eine Aufhebung der Untertanenpflicht in dem Sinne, dass sie nicht mehr besteht, ausschliesst, eine Aufhebung in dem Sinne, dass die Pflichtverletzung nicht zugerechnet wird, als möglich zulässt. Hat die Dienstpflicht den Vorrang, so muss die Verletzung der Untertanenpflicht von jeder Verantwortung frei bleiben, kann sich jedoch nimmermehr in eine rechtmässige Handlung verwandeln. Dass das möglich ist, zeigt sich vor allem, wenn man sich daran erinnert, dass an der durch rechtswidrigen Befehl herbeigeführten Handlung nicht bloss der Untergebene, sondern auch der befehlende Vorgesetzte beteiligt ist. „Dass der erstere von jeder Verantwortung frei bleibt, ist denkbar, undenkbar ist, dass auch der letztere die Tat nicht zu vertreten hat. Er mag aus besonderen Gründen unschuldig erscheinen, jedenfalls aber muss die Schuldfrage geprüft werden können[6]. Das wäre aber unmöglich, wenn die Ausführung des rechtswidrigen Befehls in irgendeinem Falle rechtmässig wäre. In der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten liegt das entscheidende Argument für die Rechtswidrigkeit der auf rechtswidrigem Befehl beruhenden Handlung." Dagegen kann man nicht etwa einwenden, der Befehlsgeber habe bloss seinen Befehl, nicht dessen Produkt zu verantworten. Die Trennung, die wir oben zwischen Rechtswidrigkeit auf seiten des Befehlenden einerseits und auf seiten des Gehorchenden anderseits gemacht haben (s. S. 33), hat nur für den letzteren Bedeutung. Beim Gehorchenden ist nur seine Handlung, die Ausführung auf die Rechtswidrigkeit zu prüfen. Anders beim Vorgesetzten, hier kann die Rechtswidrigkeit eine doppelte sein; er hat die Befehlsgebung als solche, wie auch deren Produkt zu vertreten, und zwar als Anstifter, wenn der Untergebene die Handlung schuldhaft, — als mittelbarer Täter, wenn dieser sie als schuldloses Werkzeug ausgeführt hat.

„Ebenso wenig ist etwas gewonnen, wenn darauf Nachdruck gelegt wird, die Handlung sei allein für den Untergebenen rechtmässig. Denn es ist ganz ausgeschlossen, dass eine gemeinsame Handlung zwar für den einen, nicht aber für den andern Beteiligten rechtswidrig ist. Freilich können die Teilnehmer verschieden zu beurteilen sein, das liegt dann aber jedenfalls nicht am objektiven Charakter der Handlung"[7].

---

[6] Wir haben oben gezeigt, dass die Rechtswidrigkeit unabhängig von der Schuldseite des Vorgesetzten geprüft werden muss.

[7] Mayer zitiert hiezu ein Beispiel von Deling: „Wenn z. B. der Untergebene auf bindenden Befehl hin einen Diebstahl begeht, so handelt er zwar

Diese Auffassung Mayers hat heute fast allgemein Anerkennung gefunden. Auch Kelsen[8] schreibt: „Nur eine rechtmässige Norm ist zu vollziehen, nur einer rechtmässigen Norm schuldet man Gehorsam. Einer rechtswidrigen Norm gehorchen zu sollen, wäre ein Widerspruch in sich selbst. In der Annahme des ‚Einer-Norm-Gehorchen-Sollens' liegt die Annahme ihres Rechtscharakters, ihrer Rechtmässigkeit." Logisch ist der Begriff eines verbindlichen rechtswidrigen Befehls auch ein Nonsens: die Rechtsordnung bestimmt, welcher Befehl und wann ein Befehl verbindlich ist. Der Inhaber einer Befehlsgewalt ist rechtlich dazu ermächtigt, einen rechtsverbindlichen Befehl zu erteilen. Er handelt dabei innerhalb seiner Befehlsbefugnis als Organ des Staates. Aber dass der Staat eine Kompetenz zur Erteilung von rechtswidrigen Befehlen nie erteilt hat und nie erteilt, ergibt sich eben aus der Strafbarkeit des Vorgesetzten. Welche Gesetzgebung liesse sich denn herbei, die Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle zu statuieren? Gewiss hat der Gesetzgeber die Macht, unrechtes Handeln zu fordern, ein solcher Widerspruch des Rechtes mit sich selbst muss sich jedoch auf positive Rechtssatzungen stützen können; dadurch wird aber ein solcher Widerspruch sofort wieder gelöst: das geforderte Verhalten ist eben ein rechtmässiges, weil vom Gesetz verlangt. Die Schwierigkeiten lösen sich spielend, wenn man sich die Abgrenzung von Rechtmässigkeit und Rechtswidrigkeit vor Augen hält: die Konkretisierung des Gesetzeswillens ist immer rechtmässig. Wenn also ein Gesetz eine Handlung erlaubt oder verlangt, die sonst strafbar ist, so ist sie eben rechtmässig[9] (z. B. Notwehrhandlung); wenn

---

rechtmässig, aber was er anrichtet, ist doch ein rechtswidriges Resultat." Mayer lehnt mit Recht schon die Voraussetzung, ein Diebstahl könne jemals bindend anbefohlen werden, ab; es wäre dann eben kein Diebstahl, kein Delikt mehr. Wie eine rechtmässige Handlung ein rechtswidriges Resultat erzeugen soll, ist mir nicht erklärlich.

[8] Kelsen, Allg. Staatslehre, S. 289.

[9] Feldmann, S. 5: „Rechtmässig ist eine Handlung, die äusserlich zwar den Tatbestand eines Deliktes erfüllt, auf Grund eines besonderen Rechtssatzes jedoch erlaubt ist, d. h. mit keiner Rechtsnorm in Widerspruch steht. Erklärt das Gesetz an einer Stelle die sonst mit Strafe bedrohte tatbestandmässige Handlung unter gewissen Umständen als erlaubt oder geboten, so ist anzunehmen, dass beim Vorliegen dieser besonderen Umstände die verbietende Norm zurückgenommen wurde. Denn der Gesetzgeber darf ja nicht in der Weise mit sich selber in Konflikt geraten, dass er an einer Stelle erlaubt, was er an einer andern verbietet."

Dieser Grundsatz ist in Art. 25 des Entwurfes zum schweiz. Strafgesetzbuch unter der Marginale „Rechtmässige Handlungen" enthalten: „Die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, ist kein Vergehen." Dieser Art. 25

das Gesetz einen Befehl verbindlich erklärt, so ist seine Ausführung rechtmässig, und zwar eben darum, weil das *Gesetz* verlangt, dass er ausgeführt werde.

Es ist m. E. nicht richtig, wenn man in jenen Gesetzesartikeln, welche die auf Befehl begangenen Handlungen *straflos* erklären, auch eine Verbindlicherklärung des Befehls sieht, wie es z. B. Nanz tut[10]: er sieht z. B. die Annahme eines rechtsverbindlichen Befehls, der rechtswidrige Handlungen bezweckt, in der Formulierung des Art. 28 des Schweiz. Bundesstrafrechts: „An sich unerlaubte Handlungen sind straflos, wenn sie ... auf Befehl begangen worden sind." Er führt auch die Gesetze von Thurgau und Luzern an, die den Gehorchenden ebenfalls straffrei erklären[11]. Dazu ist nun zu sagen, dass Straffreiheit auf seiten des Gehorchenden noch nicht Verbindlichkeit des Befehls bedeutet. Straffreiheit heisst nur, dass der Untergebene nicht strafrechtlich verantwortlich sei, wenn er gehorche; nicht aber, dass er gehorchen müsse, und die Ausführung darum rechtmässig sei. Allerdings ist es selbstverständlich, dass aus der Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen die Unverbindlichkeit solcher Befehle resultiert, es liegt aber keine logische Notwendigkeit vor, nun auch umgekehrt aus der Unverantwortlichkeit für ein auf einen Befehl hin begangenes Delikt auf die Verbindlichkeit dieses Befehls zu schliessen[12]. Verbindlichkeit liegt erst dann vor, wenn auf die Nichtbefolgung des Befehls Strafe gesetzt ist, nicht aber, wenn die Ausführung straffrei erklärt wird. Unverantwortlichkeit und Verbindlichkeit sind scharf voneinander zu trennen.

Durch die Ablehnung eines verbindlichen rechtswidrigen Befehls haben wir auch die unglückliche „Pflichtenkollision" aus der Welt geschafft. Die Gehorsamspflicht kollidiert mit keiner Untertanenpflicht mehr. *Sobald der Befehl des Vorgesetzten rechtswidrig ist, so hört für den Untergebenen die Gehorsamspflicht auf.*

---

hat bei Feldmann eine sehr gründliche Behandlung gefunden. Um so erstaunlicher ist es, dass gerade Feldmann gegen Mayer Stellung nimmt (S. 65 ff.), indem er verbindliche Befehle mit materiell rechtswidrigem Inhalt annimmt.

[10] Nanz, S. 84.

[11] Auch der Art. 30 MSGB 1851 müsste hieher gerechnet werden.

[12] Rieter, S. 33 und 43: „Die Verbindlichkeit der Befehle von der Unverantwortlichkeit abhängig zu machen, ist zurückzuweisen. Unhaltbar ist auch die Ansicht, die Verbindlichkeit eines Befehls hänge von der Kenntnis des Untergebenen ab, ob dieser Befehl ein Delikt bezwecke oder nicht. Ein Befehl ist verbindlich oder nicht, und kann begrifflich unmöglich durch die Nichtkenntnis des Untergebenen seine Verbindlichkeit erlangen." Ebenso Kaegi, S. 47.

Dasjenige Recht, das durch den Willen des gesamten Volkes sanktioniert wurde, hat den Vorrang vor der Willkür des einzelnen Volksgenossen. Die Gehorsamspflicht, die selbstverständlich zu einer sehr weitgehenden Einschränkung der Freiheit des als Soldat dienenden Untertanen führen muss, kann subjektiv nur so weit reichen, als es die gesetzliche Dienstpflicht erfordert. Ihr objektiver Umfang wird durch die Organisation der Armee bestimmt.

Es wurde auch versucht, die Verbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls, d. h. die Pflicht des Untergebenen, jedem Befehl, auch dem rechtswidrigen, zu gehorchen, durch den Hinweis auf die militärischen Reglemente und Vorschriften zu retten. Dort wird nämlich dem Untergebenen seine Pflicht, zu gehorchen, äusserst eindringlich eingeschärft: die deutschen Kriegsartikel reden von pünktlicher Befolgung der Befehle; die schweizerischen Militärstrafartikel für den Friedensdienst von unbedingtem Gehorsam gegen die Vorgesetzten, die Kriegsartikel von strengstem Gehorsam gegenüber allen Dienstbefehlen; das Dienstreglement 1900/1908 von unbedingtem Gehorsam in allen Lagen, und beim Fahneneid schwört der Soldat, den Befehlen der Obern genauen und pünktlichen Gehorsam zu leisten. Kurz und gut, bei jeder Gelegenheit wird den Soldaten klargemacht, dass sie allen Befehlen zu gehorchen haben.

Diese sich inhaltlich ziemlich gleichbleibenden Ausdrücke können unmöglich die Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle festsetzen wollen. Sie bezeichnen vielmehr nur die Art und Weise der Ausführung eines *rechtmässigen* Befehls, wie sie sich aus militärischen Rücksichten ergeben muss. Die betreffenden Bestimmungen wollen zweifellos nur betonen, der dem rechtsverbindlichen Befehl geschuldete Gehorsam müsse sofort und ohne weitere Umschweife geleistet werden[13]. Dass das nicht überflüssig ist, wird jeder, der die persönliche Unannehmlichkeit und Ueberwindung kennt, welche mit der Ausführung auch vieler rechtmässiger Befehle verbunden sind, zugeben müssen. Müdigkeit, Strapazen, Trägheit, Bequemlichkeit sind alles Umstände, die der prompten Ausführung eines Befehls entgegenstehen, und um diese zu überwinden braucht es eine starke Erziehung zur „unbedingten" Ausführung, d. h. nicht bedingt durch persönliche, körperliche oder geistige Hemmungen. Nur in diesem rein militärpraktischen Sinne sind alle diese Ausdrücke wie blinder, ab-

[13] Hiezu sehr gut Rieter, S. 34.

soluter, unbedingter, strikter Gehorsam usw. aufzufassen. Rechtlich gibt es gar keinen unbedingten Gehorsam, der Gehorsam ist immer bedingt durch einen rechtmässigen und verbindlichen Befehl. Gehorsam im Rechtssinne schliesst mit begrifflicher Notwendigkeit die Möglichkeit in sich, dass der Gehorsam erzwungen werden kann, dass der Ungehorsam strafbar ist. Es ist selbstverständlich, dass diese Reglemente, wenn sie von Befehl reden, immer den rechtmässigen Befehl im Auge haben, er ist die Regel und wird immer vorausgesetzt. Der rechtswidrige Befehl ist hier ebensowenig gemeint wie bei der Mahnung an die Kinder, den Eltern zu gehorchen. Damit will doch auch niemand sagen, dass man den Eltern gehorchen müsse, wenn sie etwas Rechtswidriges verlangen. Der rechtswidrige Befehl bleibt dem Juristen und dem Strafgesetz überlassen; in jenen Vorschriften, welche die Erziehung und das allgemeine Verhalten des Soldaten betreffen, braucht er gar nicht erwähnt zu werden.

Wir kommen also zum Ergebnis: es gibt keinen verbindlichen rechtswidrigen Befehl. Nur der rechtmässige Befehl ist verbindlich, und umgekehrt ist der verbindliche Befehl immer rechtmässig. Der rechtswidrige Befehl ist dagegen immer unverbindlich.

Somit müssen wir auch die Rechtfertigung der auf rechtswidrigen Befehl begangenen Handlung ablehnen, da diese nur in der Verbindlichkeit des Befehls begründet sein könnte[14].

Da aber niemand daran denkt, dem rechtswidrigen Befehl jede Wirkung abzusprechen, bleibt nur noch die Möglichkeit, dass er als Schuldausschliessungsgrund den Untergebenen der Bestrafung entzieht.

II. Der rechtswidrige Befehl als Schuldausschliessungsgrund.

Weit wichtiger und auch schwieriger als die Frage nach der Rechtswidrigkeit ist die Frage nach der Schuld. Sie ist die Schicksalsfrage des Strafrechts[15]. „Der Satz: keine Strafe ohne Gesetz und die Lehren von der Rechtswidrigkeit stellen schliess-

[14] Hafter, S. 175: „Zielt der Befehl des Vorgesetzten auf die Verübung eines Deliktes ab, das der Untergebene ausführt, so geht die Annahme, der Befehlsempfänger habe nicht rechtswidrig gehandelt, gegen alle Vernunft. Die objektive Rechtswidrigkeit besteht in jedem Falle." Ferner Botschaft 1918: „Ein auf Befehl eines militärischen Vorgesetzten verübtes Delikt ist stets objektiv rechtswidrig. Fraglich bleibt allein, ob das Handeln auf Befehl schuldausschliessend wirken soll."

[15] Siehe hiezu Hafter, S. 92: „Der Schuldbegriff."

lich nur äussere Rahmen dar, aus denen der Richter bei der Beurteilung eines menschlichen Verhaltens nicht hinaustreten darf. Erst hinter diesen Lehren erheben sich die grossen strafrechtlichen Zweifelsfragen: Gibt es ein schuldhaftes Handeln? Unter welchen juristischen Voraussetzungen steht es?"

Im Gegensatz zu einem strengen Determinismus, zu Lombrosos anthropologischer Strafrechtsschule, welche eine Schuld grundsätzlich ablehnt, stellen die geltenden Strafgesetze den Schuld- und den Strafbegriff in den Mittelpunkt. Dass es in absehbarer Zeit anders werden wird, ist unwahrscheinlich. Gegen ein Gesetzbuch zur Verbrechensbekämpfung ohne Schuld und Strafe[16], gegen die Abschaffung des Strafrechts würde sich die Volksüberzeugung machtvoll auflehnen. Es gibt eine menschliche Schuld, und die ihr entsprechende Reaktion ist die Strafe.

Mit dem Satz: „Keine Strafe ohne Schuld" will erstrebt werden, dass nur strafbar ist, wer schuldhaft den Tatbestand eines Deliktes verwirklicht, also in seiner Person neben der objektiven Rechtswidrigkeit auch das subjektive Moment der Schuld erfüllt[17].

Die Frage, unter welchen Umständen die Annahme eines schuldhaften Verhaltens zulässig ist, führt über zu den Schuldvoraussetzungen, zu der Zurechnungsfähigkeit. Aber nicht nur die Zurechnungsfähigkeit, d. h. ein bestimmt gearteter Geisteszustand des Täters zur Zeit der Tatverübung, ist Schuldvoraussetzung. Nach geltender Lehre muss die Schuld bei einer zurechnungsfähigen Person auch verneint werden beim Vorliegen von bestimmten Umständen, den sogenannten Entschuldigungsgründen oder Schuldausschliessungsgründen. Mayer[18] nennt sie „Umstände, die der Annahme, ein rechtswidriger Erfolg sei pflichtwidrig herbeigeführt worden, entgegenstehen. Sie negieren das Schuldmoment". Als Schuldausschliessungsgründe gelten allgemein nur: Zwang und Irrtum; ob der Notstand ein Rechtfertigungs- oder Schuldausschliessungsgrund ist, ist umstritten. Wir haben nun im folgenden zu untersuchen, ob der rechtswidrige Befehl einen dieser genannten Entschuldigungsgründe darstellt, oder ob er etwa als ein Schuldausschliessungsgrund eigener Art aufzufassen ist.

---

[16] — wie es einzig der italienische Strafgesetzentwurf von 1921 versucht.

[17] Allerdings stehen die geltenden Rechte noch nicht auf dem Standpunkt des völligen Ausschlusses der Erfolgshaftung. Doch hat das Bundesgericht gelegentlich Strafurteile, in denen die Prüfung der Schuldfrage unterblieb, wegen Willkür aufgehoben. Vgl. Hafter, S. 97.

[18] Mayer, S. 135.

a) Notstand und Zwang.

1. Der *Notstand* fällt für unsere Betrachtung weg, wenn wir ihn, wie es z. B. Hafter wohl richtigerweise tut, zu den Rechtfertigungsgründen zählen. Hafter schreibt[19]: „Beim Handeln unter einem Zwang liegt ein Schuldproblem vor, — die Erörterung auch des Notstandes unter diesem Gesichtspunkte ist abzulehnen. Vielmehr ist die nahe Beziehung zum Notwehrrecht aufrechtzuerhalten. Jedenfalls ist die den gesetzlichen Bestimmungen gemässe Notstandshandlung ebenso wie die Notwehr nicht strafrechtswidrig. Die Gesetzestexte vermitteln regelmässig keine Lösung. Sie begnügen sich im allgemeinen mit der Konstatierung der Straflosigkeit der Nottat, woraus ein Schluss auf ihre Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit noch nicht gezogen werden kann. Im eidgenössischen Entwurf bezeichnet dagegen das Marginale zu Art. 31—33 die Notstandshandlung gleich wie die Notwehr als eine rechtmässige Handlung. Damit ist für den Entwurf die Frage zugunsten des Notrechtes entschieden. Das ist die richtige Lösung. Wenn der Staat durch die Aufstellung der Notstandsnorm dem einzelnen erlaubt, eine bestehende Interessenkollision gewaltsam zu lösen, so gibt er ihm ein Recht dazu."

Aber auch wenn man im Notstand einen Schuldausschliessungsgrund sehen wollte, so müsste doch die Frage, ob der rechtswidrige Befehl einen Notstand begründen könne, verneint werden. „Notstand ist ein Zustand gegenwärtiger oder unmittelbar drohender Gefahr, die nur durch die Verletzung von an sich rechtlich geschützten Interessen anderer abgewendet werden kann[20]. Mayer[21] führt darum sehr treffend aus: Der rechtswidrige Befehl erzeugt eine problematische Rechtslage, nicht aber einen Zustand der Gefahr, der doch die erste Voraussetzung für den Notstand ist. Dem Untergebenen, der sich richtig verhält, droht nicht die geringste Gefahr, demjenigen, der sich falsch verhält, keine andere Gefahr als die, den gesetzmässigen Rechtsfolgen eines widerrechtlichen Vorgehens zu verfallen. Somit ist die Vorstellung, der Gehorchende rette sich durch Ausführung des rechtswidrigen Befehls aus einer Gefahr im Sinne der Notstandslehre, ganz verkehrt[22].

---

[19] Hafter, S. 145.

[20] Hafter, S. 144. Diese weite Umschreibung umfasst auch die Notwehr, für die der Gesetzgeber aber eine lex specialis gebildet hat.

[21] Mayer, S. 135, Anm. 4.

[22] Ebenso Rieter, S. 31.

Auch mit der Annahme eines dem Notstand ähnlichen Verhältnisses, wie es Stooss annimmt, scheint mir nicht viel gewonnen. Stooss schreibt[23]: „Der Befehl verdient dann als Strafbefreiungs- oder Strafmilderungsgrund berücksichtigt zu werden, wenn er eine derartige Kollision der Pflichten für den Befehlsempfänger begründet, dass dieser die eine Pflicht nur durch Verletzung der andern zu erfüllen vermag und ihm zweifelhaft erscheinen kann, welche Pflicht die wichtigere und bedeutendere ist. Es liegt in solchen Fällen ein dem Notstand ähnliches Verhältnis vor." Nachdem wir oben die Annahme eines verbindlichen rechtswidrigen Befehls abgelehnt haben, scheint es mir einfach unmöglich, noch von einer Pflichtenkollision im rechtlichen Sinne zu reden. Es besteht eben immer nur eine Pflicht zu gehorchen, wenn der Befehl rechtmässig ist. Der rechtswidrige Befehl ist unverbindlich und löst darum keine Gehorsamspflicht aus, die mit einer andern Pflicht kollidieren könnte. Diese „Pflichtenkollision" scheint mir beinahe zu einem Schlagwort geworden zu sein, das alle Berechtigung verliert, sobald man sich auf den Boden stellt, dass der rechtswidrige Befehl unverbindlich ist, und das darum endlich vermieden werden sollte.

2. Ebensowenig wie der Notstand kommt der *Zwang* in Betracht[24]. Der Befehl kann nicht als Zwang aufgefasst werden; denn wenn auch in der Regel mit dem Befehle die Androhung eines Uebels im Falle der Unterlassung der anbefohlenen Handlung verknüpft ist, so reicht diese Drohung keineswegs hin, die Handlungsfreiheit des Befehlsempfängers in strafrechtlichem Sinne als aufgehoben zu betrachten. Die freie Willensbestimmung des Untergebenen bleibt trotz des Befehls intakt. Der Befehl soll nur die rechtliche Notwendigkeit zum Handeln im Bewusstsein des Untergebenen hervorrufen, diese setzt aber gerade eine über ihren Willen frei verfügende Person voraus. Der Gehorchende handelt in dem Bewusstsein, dass er einer Rechtspflicht genügen will, nicht aber, dass er einem auf ihn ausgeübten Zwange willenlos nachgebe. Von vis absoluta kann also nicht die Rede sein[25].

Schon eher liesse sich die Ansicht vertreten, dass vis compulsiva vorliege: der Untergebene handle, weil er einer relativ unwiderstehlichen Drohung oder Gewalt nachgibt, weil er aus sei-

[23] Stooss: Grundzüge des Schweiz. Strafrechts, Bd. 1, S. 275.
[24] Vgl. Nanz, S. 68; Mayer, S. 136; Hafter, S. 174.
[25] Siehe oben, S. 13, Anm. 9.

ner Persönlichkeit heraus nicht die Kraft aufbringt zu einem vielleicht heroischen Widerstand[26]. Doch auch diese Schwierigkeit lässt sich in aller Minne lösen, wenn man sich an die klare und einfache Tatsache erinnert, dass der rechtswidrige Befehl nicht verbindlich ist und auf seine Nichtbefolgung gar keine Strafe angedroht ist. Nur der verbindliche Befehl kann die Rechtsfolgen des Ungehorsams und somit die Furcht, ihnen zu verfallen, auslösen. Der rechtswidrige Befehl enthält also nicht die geringste Drohung gegen den Untergebenen, die Annahme einer vis compulsiva ist also völlig unbegründet.

b) Irrtum und selbständiger Entschludigungsgrund.

Es bleibt also noch die Möglichkeit, dass der rechtswidrige Befehl einen Irrtum erweckt oder einen Schuldausschliessungsgrund eigener Art darstellt. Ich möchte je nach der Regelung im positiven Recht das eine oder das andere annehmen:

Irrtum ist nach Mayer der einzige Schuldausschliessungsgrund, der im rechtswidrigen Befehl liegt. Die autoritative Kraft, mit der ein Befehl von der Seite eines Vorgesetzten ausgestattet ist, erzeuge unter Umständen einen Irrtum, welcher der Zurechnung der Tat entgegenstehe. Der Untergebene kann irren über die Rechtmässigkeit der befohlenen Handlung, oder er kann irrtümlich annehmen, dass er die Handlung vornehmen müsse, obwohl er ihre objektive Rechtswidrigkeit erkennt; d. h. er irrt über die Verbindlichkeit des Befehls. Diese Ueberlegung ist zweifellos richtig und auch allgemein anerkannt. Hafter[27] schreibt z. B.: „Der an Gehorsam Gewöhnte macht sich, weil er unter einem gewissen Druck steht, oft über die Rechtmässigkeit des Befohlenen gar keine Gedanken, oder aber, er glaubt, trotzdem er die Widerrechtlichkeit erkennt, an den Befehl gebunden zu sein. Das weist zur Lehre vom Irrtum hinüber." Nur wo dieser Irrtum beim Untergebenen durch den Befehl erweckt wird, kann dieser als Schuldausschliessungsgrund gelten; einen selbständigen Schuldausschliessungsgrund lehnt Mayer ab. Mayers Ansicht ist richtig für das deutsche Militärstrafrecht: § 47, Deutsches MSGB lässt den Untergebenen tatsächlich nur straffrei, „wenn ihm nicht bekannt gewesen, dass der Befehl des Vorgesetzten

[26] Hier handelt es sich nicht etwa um Notstand: die Notstandshandlung ist überhaupt nicht strafrechtswidrig, währenddem das unter Drohung begangene Delikt rechtswidrig ist. Der Nötigende wird ja auch regelmässig als indirekter Täter zur Verantwortung gezogen und nur der Genötigte kann entschuldigt werden.

[27] Hafter, S. 176.

eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezwecke". Hier ist es sicher nur der Irrtum, den der Befehl beim Untergebenen hervorruft, der für diesen die Schuld ausschliesst und ihn, wie jeder andere Irrtum, straffrei lässt.

Aber es erhebt sich hier sofort die Frage, ob das geltende Recht nicht auch etwas anderes bestimmen könne. Muss das Gesetz bei der Beurteilung des rechtswidrigen Befehls absolut auf ein subjektives Moment beim Untergebenen abstellen? Kann es nicht auch jeden auf rechtswidrigen Befehl Handelnden straffrei lassen, ohne deshalb den Befehl für verbindlich zu erklären? Ich möchte das doch bejahen. Und ein Blick auf die verschiedenen Strafgesetze bietet uns eine Fülle von Beispielen hiefür[28]. Ich möchte hier nur den Art. 30 des MSGB 1851 herausgreifen:

„An sich unerlaubte Handlungen sind straflos, wenn sie auf den bestimmten, auf ein militärisches Dienstverhältnis sich beziehenden Befehl eines militärischen Obern des Täters begangen worden sind. Der Obere, welcher den Befehl gegeben hat, soll denselben verantworten."

Hier findet sich kein Wort von der persönlichen Einstellung des Täters. Er kann auch hier geirrt haben; aber selbst wenn das nicht der Fall ist, wenn er sich klar war über die Rechtswidrigkeit des Befehls, wird er nicht bestraft. Der Staat erklärt einfach: die Tat, die auf einen solchen Befehl begangen wird, bestrafe ich nicht. Ich halte das für nötig, um die militärische Disziplin zu garantieren.

Darin sehe ich einen *selbständigen Schuldausschliessungsgrund*. Es liegt kein Zwang vor und ebenso kein Irrtum. Vielleicht wäre es besser, von einem selbständigen *Straf*ausschliessungsgrund zu reden, indem man annimmt, dass durch diese Bestimmung weder die Rechtswidrigkeit noch die Schuldhaftigkeit auf seiten des Untergebenen aufgehoben wird, sondern „dass der Staat einfach beide Augen zudrückt, und den Gehorchenden durchschlüpfen lässt". Diese Konstruktion will mir aber doch nicht gefallen, sie steht in zu starkem Gegensatz zu allen strafrechtlichen Grundsätzen. Wenn jemand rechtswidrig und schuldhaft handelt, so muss der Staat, wenn er ein Rechtsstaat sein will, strafen, und er wird es auch tun. Scheinen ihm aber Gründe vorzuliegen, aus denen ihm die Bestrafung einer rechtswidrigen

[28] Z. B. Schweiz. Bundesstrafrecht, Art. 28. — Thurgau, Strafgesetz, § 25. — Waadt, Art. 56. — Wallis, Art. 94 u. a. Siehe Stooss, Grundzüge, Bd. I, S. 274.

Tat nicht gerechtfertigt erscheint, so negiert er eben die Schuld. Darum möchte ich doch an dem Ausdruck „selbständiger Schuldausschliessungsgrund" oder „Schuldausschliessungsgrund eigener Art" festhalten, und ihn überall dort annehmen, wo das Gesetz die Ausführung eines Befehls schlechthin straffrei erklärt.

Mayer wendet gegen diese Annahme folgendes ein: Wo immer der Befehl als selbständiger Schuldausschliessungsgrund aufgefasst worden ist, hat man die Tragweite dieser Wirkung von seiner Verbindlichkeit abhängig gemacht. Wenn aber der Befehl verbindlich ist, so ist die Gehorsamsleistung eine rechtmässige, keineswegs eine bloss nicht zurechenbare Handlung. Daher ist es eine Halbheit, rechtswidrige Befehle als Schuldausschliessungsgründe besonderer Art aufzufassen; denkt man den Gedanken zu Ende, so wird man auf die schon von uns abgelehnte Lehre zurückgedrängt, nach der rechtswidrige Befehle verbindlich sind und einen Rechtfertigungsgrund bilden.

Wenn der Ausgangspunkt Mayers richtig ist, so stehen wir tatsächlich vor einem circulus viciosus. Aber Mayer verfällt hier offenbar in den schon einmal besprochenen Fehler, dass er Straffreiheit nicht genügend von Verbindlichkeit trennt. Freilich, wenn man den Entschuldigungsgrund des rechtswidrigen Befehls in seiner Verbindlichkeit sucht, liegt überhaupt keine Schuldausschliessung mehr vor, sondern ein Rechtfertigungsgrund. Aber es liegt uns eben fern, die rechtswidrigen Befehle, deren Ausführung ein Gesetz als straffrei erklärt, deshalb auch als verbindlich zu betrachten. Nein, im Gegenteil, diese Befehle sind und bleiben rechtswidrig und unverbindlich. Das zeigt sich schon darin, dass der befehlende Obere verantwortlich ist. Es ist kein Untergebener verpflichtet, solche Befehle auszuführen. Niemand wird im Ernst behaupten wollen, dass, wenn ein Untergebener einen solchen Befehl nicht ausführt, er wegen Ungehorsam bestraft werden müsse. Der Gesetzgeber sieht lediglich in der Eigenart der militärischen Subordination und in der Kraft der Befehle einen Grund, deren Ausführung nicht zu bestrafen, auch ohne dass der geringste Irrtum oder Zwang vorliegen würde; *er macht den Befehl einfach zu einem selbständigen Schuldausschliessungsgrund.*

Ob und inwieweit das tatsächlich geschieht, bestimmt eben die geltende Rechtsordnung. Wir haben gerade im Schweizerischen Militärstrafrecht ein treffendes Beispiel, wie der Gesetzgeber von dieser theoretischen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, und wie sich das praktisch auswirkte. Wir müssen darum hier das Ge-

biet der allgemeinen Rechtslehre verlassen und den Boden des positiven Rechtes betreten.

Bei der Betrachtung des positiven Rechts werden wir nun mit den in diesem ersten Teil umschriebenen und definierten Begriffen zu arbeiten haben. Es wird daher gut sein, wenn wir hier noch einmal rückblickend kurz zusammenfassen, zu welchen Grundsätzen uns die bisherigen Untersuchungen geführt haben:

Wir gehen aus vom *Befehl* als Ausfluss eines staatlichen Gewaltverhältnisses (S. 12).

Der *militärische Befehl* ist die Anordnung eines Inhabers der militärischen Befehlsgewalt an einen, der im militärischen Gewaltverhältnis steht (S. 12). Der militärische Befehl muss eine Dienstsache betreffen. Darum nennen wir ihn *Dienstbefehl* (S. 17).

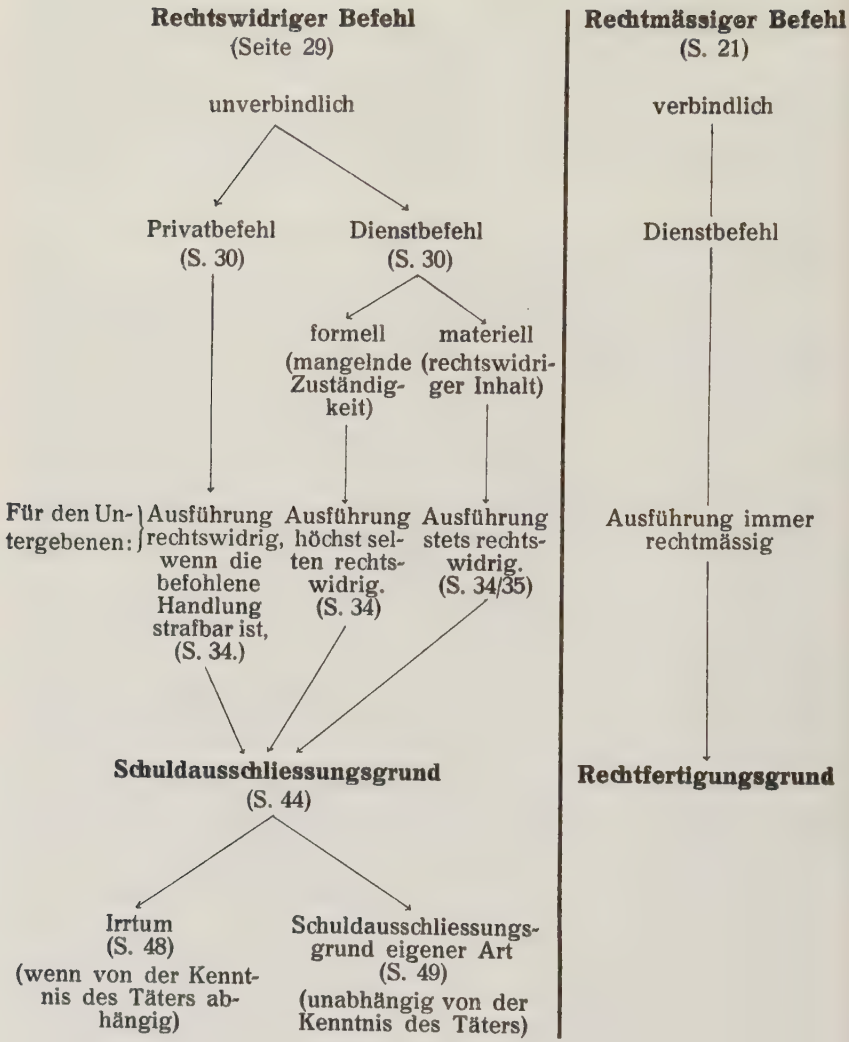
Es gibt nun aber rechtmässige und rechtswidrige Befehle. Rechtswidrig ist einmal der Nichtdienstbefehl, der Befehl in Privatsachen oder Privatbefehl (S. 30). Aber auch der Dienstbefehl kann rechtmässig oder rechtswidrig sein: *formell* ist er rechtswidrig, wenn die Zuständigkeit fehlt (S. 22), *materiell*, wenn der Inhalt des Befehls rechtswidrig ist (S. 25).

Die Rechtswidrigkeit ist für den Untergebenen erst dann von Bedeutung, wenn die Ausführung eine rechtswidrige Handlung darstellt (S. 34).

Immer ist nur der rechtmässige Befehl verbindlich und der rechtswidrige Befehl unverbindlich. Rechtswidrige verbindliche Befehle gibt es nicht (S. 44).

Darum kann der rechtswidrige Befehl kein Rechtfertigungsgrund, sondern nur ein Schuldausschliessungsgrund sein (S. 44).

Das Gesagte lässt sich graphisch wie folgt darstellen:


Rechtswidriger Befehl
(Seite 29)
Rechtmässiger Befehl
(S. 21)
unverbindlich
verbindlich
Privatbefehl
(S. 30)
Dienstbefehl
(S. 30)
Dienstbefehl
formell
(mangelnde Zuständigkeit)
materiell
(rechtswidriger Inhalt)
Für den Untergebenen:
Ausführung rechtswidrig, wenn die befohlene Handlung strafbar ist, (S. 34.)
Ausführung höchst selten rechtswidrig. (S. 34)
Ausführung stets rechtswidrig. (S. 34/35)
Ausführung immer rechtmässig
Schuldausschliessungsgrund
(S. 44)
Rechtfertigungsgrund
Irrtum
(S. 48)
(wenn von der Kenntnis des Täters abhängig)
Schuldausschliessungsgrund eigener Art
(S. 49)
(unabhängig von der Kenntnis des Täters)

B. PRAKTISCHER TEIL.

Entwicklung und Lösung der Frage im Schweizerischen Militärstrafrecht.

§ 5. Historisches bis zum Militärstrafgesetzbuch 1851.

Die vorliegende Arbeit will keine rechtshistorische Abhandlung sein. Eine Darstellung der Handhabung der militärischen Disziplin in den Heeren der Völker zu allen Zeiten würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Das „Handeln auf Befehl" soll hier vom geschichtlichen Standpunkt aus lediglich so weit betrachtet werden, als es für das Verständnis des geltenden Rechtes förderlich und nötig ist.

Wir können uns im allgemeinen mit Verweisung auf sehr gute geschichtliche Zusammenstellungen in der vorhandenen Literatur begnügen.

Vor allem sei hier Nanz genannt. In sehr gründlichen Untersuchungen mit reicher Quellenangabe kommt er zu folgendem Ergebnis: In den Heeren der alten Völker war die Disziplin nicht besonders stark ausgeprägt, erst die Römer scheinen in ihren Armeen eine stramme Disziplin eingeführt zu haben. Das Militärstrafrecht erfuhr eine weitgehende Ausbildung. Den Germanen war das, was wir militärische Disziplin nennen, unbekannt. Trotzdem war der Zusammenhang der germanischen Kämpfer ein äusserst fester, und beruhte hauptsächlich auf freiwilligem Zusammenschluss und Unterordnung unter den Ruf ihres „Hunno". Die Mannszucht der mittelalterlichen Eidgenossen war recht gut; dieser Umstand muss als eine Hauptursache für die kriegerischen Erfolge bezeichnet werden. Nanz weist auf die Kriegsordnungen der einzelnen Orte und besonders auf den Sempacherbrief vom 10. Juli 1393 hin. Auch die Bestimmungen über die militärische Disziplin in den sog. Artikelbriefen des deutschen Kriegsrechtes werden erwähnt, sowie die Bedeutung der Carolina. Recht interessant sind dann die Ausführungen über die Verhältnisse in der Schweiz seit Ausgang des Mittelalters. Die Zerrissenheit der Eidgenossenschaft verhinderte das Zustandekommen eines schweizerischen Militärstrafgesetzbuches. Aus den Gesetzessammlungen der Orte und Stände zitiert Nanz eine Bestimmung betr. den militärischen Gehorsam aus dem „Zürcher Kriegsarticul":

Es wird Gehorsam gegen alle Vorgesetzten verlangt; wenn aber etwas befohlen wird, das nicht zum Dienst gehört, so soll der Befehlende „nach beschehener Klage abgestrafet werden". Danach war die Erteilung rechtswidriger Befehle nicht Offizial- sondern nur Antragsdelikt, worin Nanz wohl mit Recht eine besonders starke Betonung der Befehlsgewalt erblickt.

Aus dem Jahr 1799 datiert ein Militärgesetz für die helvetischen Truppen, das die Verletzung der militärischen Subordination mit unerhörten Strafen ahndete; dieses Gesetz verschwand dann mit dem Untergang der schweizerischen Eidgenossenschaft.

Erst 1804 wurde der Landammann der Schweiz von der Tagsatzung beauftragt, einen Entwurf für ein Militärstrafgesetz für das Bundesheer ausarbeiten zu lassen und damit setzen die Bestrebungen ein, endlich Ordnung in die Unordnung zu bringen.

Nanz zeigt im folgenden, dass diese Versuche leider an dem Mangel kranken, dass sie alle keine Originalarbeiten lieferten. Man kopierte und überarbeitete einfach die Militärgesetzbücher der Schweizerregimenter in fremden Diensten. So entstanden Entwürfe (1806, 1817) von auffallender Härte, die den nationalen Verhältnissen wenig entsprachen. Ein MSGB von 1838 befriedigte nicht, wurde umgearbeitet, und führte so zu dem MSGB von 1851, das selbst leider auch wieder keine Originalarbeit war[1]

Ausser Nanz möchte ich hier Rieter[2] anführen, der sich ebenfalls ausführlich mit der geschichtlichen Entwicklung der militärischen Disziplin befasst. Er kommt zu dem interessanten Resultat, dass das Prinzip des absoluten Gehorsams in der Zeit des Absolutismus theoretisch jedenfalls im weiteren oder geringeren Umfang anerkannt wurde. „Denkt man an die politischen Zustände des 18. Jahrhunderts, so muss man sich sagen, die Forderung des absoluten Gehorsams habe das allgemeine Rechtsgefühl auch kaum verletzt. Mit den Stürmen der Revolution kamen die Gedanken des allgemeinen Staatsbürgertums auf, die Gleichheit der Rechte wurde proklamiert, der Kadavergehorsam hatte sich auch in der Theorie überlebt. Ein weiterer Grund für die Verschiebung der Grenzlinie des militärischen Gehorsams dürfte darin liegen, dass im 19. Jahrhundert die Heere verschwanden, die das Instrument einer unbeschränkten Fürstengewalt gewesen waren. Der absolute Fürst hatte noch blinde Werkzeuge gebraucht, die nur nach dem Willen ihres Kriegsherrn fragten"[3].

[1] Nanz, S. 18 ff.
[2] Rieter, S. 14 ff.
[3] So Rieter, S. 35. Diese Ueberlegungen haben sicher etwas Richtiges. Zur

Von besonderem Interesse, vor allem für das Militärstrafrecht des alten Standes Bern, ist die Arbeit von Max Schmid[4]. Hier sei nur auf jene Rechtsquellen hingewiesen, die sich mit der Frage der militärischen Gehorsamspflicht befassen, so die Kriegsordonnanz von 1711, „Von der hohen Officiereren Authoritet und vom Gehorsam der Untergebenen". Diese beschränkt die eidlich geschworene Gehorsamspflicht durch einen dem Strafgesetz in Paranthese eingeschlossenen Vorbehalt auf die eigentlichen Dienstbefehle: „Es sollen alle und jede Undergebene ihren Hohen- und Underofficiereren und Fürgesetzten in allen ihren Befehlchen (Unseren Dienst ansehend) gehorchen, die auch zu ehren und zu respektieren schuldig seyn."

Aus dieser Bestimmung schliesst Schmid: „Aus diesem Vorbehalt muss gefolgert werden, dass die Kriegsordonnanzen des 18. Jahrhunderts keinen blinden Gehorsam der Untergebenen gegen die Befehle der Vorgesetzten verlangen und keine unbedingte Gehorsamspflicht statuieren. Sie nehmen vielmehr Fälle ins Auge, wo der Befehlende seine Befehlsbefugnis überschreitet oder missbraucht und wo die Verweigerung des Gehorsams, wie die allfällige Ausführung des Befehls für die Schuld- und Straffrage von besonderer Bedeutung werden mussten. Gehen wir dem leitenden Gedanken auf den Grund, so finden wir im bernischen Kriegsrecht wenigstens nach den Kriegsartikeln des 18. Jahrhunderts, dem Untergebenen ein gewisses Prüfungs- und Weigerungsrecht gegenüber Befehlen der militärischen Vorgesetzten zugestanden, indem die Gehorsamspflicht nur soweit gehen soll, als der Befehlende im Rahmen seiner Befugnis bleibt"[5].

Auch die geschichtlichen Kapitel bei Gugger[6] und Ernst[7] müssen erwähnt werden.

Zeit des Absolutismus wird wohl der Untergebene die stärkste Deckung für auf Befehl begangene strafbare Handlungen gehabt haben, als Gegenstück zu den äusserst strengen Strafen, die auf die Insubordination gesetzt waren. Die Gehorchenden werden wohl nie bestraft worden sein, was eben praktisch dazu geführt hat, dass sie einfach unbesehen jeden Befehl ausführten. Insofern kann man ja von willenlosen Werkzeugen reden. Ob aber wirklich der absolute Gehorsam verlangt wurde, d. h. dass die Nichtausführung eines befohlenen Verbrechens dem Untergebenen als Ungehorsam angerechnet wurde, möchte ich doch bezweifeln. Kam das in der Praxis vor, so muss es als eigentliche Rechtsverirrung gelten. Theoretisch haben wir die Verbindlicherklärung eines rechtswidrigen Befehls als unhaltbaren Widerspruch abgewiesen.

[4] Max Schmid, Die militärische Strafgesetzgebung und Rechtspflege des alten Standes Bern. Diss. Bern, 1922.

[5] Was im besonderen das Prüfungsrecht anbetrifft, verweise ich auf S. 83 dieser Arbeit.

[6] Gugger, S. 1—6.

[7] Ernst, S. 8—19.

Sehr interessant sind schliesslich die historischen Ausführungen von Ständerat Geel bei der Behandlung des neuen MSGB im Ständerat: „Die acht alten Orte waren der erste Staat Europas, der überhaupt ein Kriegsgesetz über das Verhalten seiner Truppen im Felde erliess; es ist dies der Sempacherbrief. In den Zeiten der Hochhaltung der eidgenössischen ehernen Kriegssätze hat die Kriegstüchtigkeit der Schweizer der Eidgenossenschaft zu fortwährenden Siegen verholfen. Nach Beendigung der beiden grossen Fehden mit Burgund und Schwaben standen die Eidgenossen auf dem Gipfel ihres Kriegsruhms. Dann begannen aber die Verträge mit den benachbarten Monarchen. Das Reislaufen begann. Es bleibt eine rechtshistorisch äusserst bemerkenswerte Tatsache, dass Schweizer jahrhundertelang ihr heimisches Kriegsrecht in fremden Staaten mit sich geführt haben. Das Personalprinzip galt bei ihnen als oberster und wichtigster Grundsatz. Die Schweizer standen in allen Fällen unter dem Rechte des Heimatortes. Wenn von heimatlichen oder schweizerischem damaligen Kriegsrecht gesprochen wird, so ist es dahin zu verstehen, dass nur zum Teil eidgenössische Vorschriften bestanden (z. B. das sog. eidgenössische Defensionale 1629—1668); in der Hauptsache aber was das kantonale Strafrecht geltend. Durch die Bundesverfassung von 1848 sind nun schliesslich die fremden Kriegsdienste verboten worden; es durften keine militärischen Kapitulationen mehr abgeschlossen werden. Drei Jahre später, 1851, wurde dann das jetzt noch geltende Militärstrafgesetzbuch erlassen und angenommen. Es ist ein Erbteil aus dem Kriegsrechte der vergangenen Jahrhunderte, das ausschliesslich Kriegsrecht war, erlassen und angewendet nur für Kriegszeiten. Darin liegt die historische Erklärung für den sonst nicht recht verständlichen Charakter dieses Gesetzes."[8]

Soviel soll zur Vorgeschichte des Schweizerischen Militärstrafrechtes genügen. Wenden wir uns nun dem schon genannten MSGB von 1851 zu, und betrachten wir die Regelung, welche das Handeln auf Befehl dort gefunden hat.

§ 6. Der Artikel 30 des Militärstrafgesetzbuches 1851.

Hafter[1] schreibt: „Der Art. 30 hat Berühmtheit — über die Landesgrenzen hinaus — erlangt. Er verherrlicht, soweit es sich um Befehle mit Bezug auf das Dienstverhältnis handelt, den

[8] Sten. Bulletin, Ständerat, 1921 (April), S. 167.
[1] Hafter, S. 177.

blinden Gehorsam. Dafür tauscht der Blindgehorchende Schuld- und Straflosigkeit ein, auch dann, wenn ihm das Verbrecherische seines Verhaltens klar bewusst war." Man kann wohl sagen, dass der Art. 30 nicht nur berühmt, sondern berüchtigt geworden ist. Er bildete ein Streitobjekt, das von allen denkbaren Seiten angegriffen wurde. Nicht nur vom rein juristischen, sondern auch vom politischen Standpunkt aus. Dabei ist die Lösung der Streitfrage leider durch eine wenig sachliche und leidenschaftliche Stellungnahme oft eher erschwert als gefördert worden.

Der Wortlaut dieses Art. 30 ist folgender:

„An sich unerlaubte Handlungen sind straflos, wenn sie auf den bestimmten, auf ein militärisches Dienstverhältnis sich beziehenden Befehl eines militärischen Obern des Täters begangen worden sind. Der Obere, welcher den Befehl gegeben hat, soll denselben verantworten."

Diesem Artikel wird nun vorgeworfen, dass er den unbedingten Gehorsam statuiere. Er verlange vom Untergebenen blinde Unterwerfung unter den Willen des Vorgesetzten, eine Bindung, welche eines freien Menschen unwürdig sei: man prägte für ihn den vernichtenden Ausdruck „Kadavergehorsam".

Verdient der Art. 30 diese Anschuldigung wirklich? Ist er so schlimm? Es scheint nötig, dass wir ihn erst einmal genauer betrachten, wenn wir ihm gerecht werden wollen.

Vor allem ist eines festzuhalten: Art. 30 spricht von Befehlen, die sich auf ein *militärisches Dienstverhältnis beziehen*. Straflosigkeit ist demjenigen, der mit der Ausführung eines Befehls unerlaubt handelt, nur zugesichert für den Fall, dass der Befehl sich auf ein militärisches Dienstverhältnis bezieht. Es fallen somit alle Befehle, die nicht dienstliche Angelegenheiten zum Gegenstande haben, ausser Betracht. Wenn danach der Untergebene auf Befehl einen gemeinen Diebstahl begeht, so kann er sich nicht auf Art. 30 berufen[2]. Es ist freilich zuzugeben, dass die Worte „auf ein militärisches Dienstverhältnis" etwas unklar sind. Sie könnten auch so aufgefasst werden, dass das Verhältnis zwischen dem Vorgesetzten und dem Untergebenen massgebend sei und gar nicht auf die befohlene Handlung abgestellt wird. Jeder Befehl eines Vorgesetzten an seinen Untergebenen betreffe ein Dienstverhältnis, und mache nach Art. 30 den Untergebenen straffrei. Das darf man aber doch nicht annehmen.

[2] Stooss, Ztschr. f. schweiz. Strafrecht, Bd. 28, S. 167.

Es wird offensichtlich auf eine sachliche und nicht auf eine persönliche Beziehung abgestellt. Das ergibt sich aus einem Vergleich mit dem französischen Text, wo die fragliche Stelle heisst: „Concernant le service." Das will also nicht sagen, der Befehl müsse sich auf ein militärisches Subordinationsverhältnis beziehen — dieses ist ja weiter unten durch die Worte: „eines militärischen Obern des Täters" verlangt — sondern auf eine dienstliche Verrichtung. Die Straffreiheit gilt also nur für die Ausführung von rechtswidrigen Befehlen, die eine Dienstsache betreffen, von rechtswidrigen Dienstbefehlen[3].

Damit schrumpft der Kreis der Fälle, für die der Art. 30 in Betracht kommt, bedeutend zusammen und bildet für die Praxis wesentlich geringere Gefahren als dies auf den ersten Blick scheinen möchte. Die krassen Beispiele, die von den Gegnern gegen ihn so gerne ins Feld geführt werden, wie Brandstiftung, Mord und Raub auf Befehl usw. fallen nun weg[4]. Straffreiheit ist nur für die Dienstbefehle zugesichert[5]. Wir stehen daher schon jetzt vor der Tatsache, dass von einem blinden, absoluten Gehorsam des Art. 30, von einem Kadavergehorsam schlechthin nicht die Rede sein kann. Ein solcher unbedingter Gehorsam würde doch bedeuten, *dass jeder Befehl ausgeführt werden müsse.* Wenn aber eine Kategorie von Befehlen ausdrücklich ausgeschlossen ist und die Straffreiheit nur bei bestimmten Befehlen eintreten soll, so ergibt sich doch logischerweise, dass der Gehorsam durch einen solchen Befehl (in Art. 30 durch den Dienstbefehl) bedingt ist. Der Gehorsam ist also von vorneherein beschränkt auf die Dienstbefehle[6].

---

[3] Wie wir sie oben umschrieben und von den Privatbefehlen abgegrenzt haben.

[4] Huber sagt im Nationalrat über den Art. 30: „Hier war also der Grundsatz des Gehorsams unter allen Umständen aufgestellt. Wer auf Befehl handelt, begeht kein Verbrechen. Wenn der Leutnant einem Soldaten befiehlt, zünde dieses Haus an, so hat der Soldat es anzuzünden, auch wenn er der Ueberzeugung ist, dass damit ein Verbrechen begangen wird. Nach jenem Artikel muss er den Befehl ausführen, nicht nur, wenn sog. militärische Notwendigkeit vorliegt, wie etwa im Kriege, sondern auch dann, wenn es sich um den Ausfluss einer schlechten Absicht oder verrückten Phantasie eines Offiziers handelt. Befiehlt der Offizier: Töte den Herrn X, der ihm irgendwo im Wege ist, so muss getötet werden. Der Untergebene, der den Mord auf Befehl eines Vorgesetzten begeht, bleibt straflos." Wenn man den Art. 30 nicht absichtlich falsch verstehen will, so kann man unmöglich zu dieser Auffassung kommen.

[5] Rieter, S. 130: „Das schweiz. Militärstrafrecht kennt somit immerhin eine Beschränkung der Unverantwortlichkeit auf solche verbrecherische Handlungen, die zufolge eines Dienstbefehles begangen werden."

[6] Nanz, S. 28: „Art. 30 vertritt, wenn auch etwas unklar ausgedrückt, die Theorie des beschränkten Gehorsams; er spricht nur von einem ‚auf ein

Aber mit dieser Feststellung ist unsere Frage noch keineswegs beantwortet. Man darf sich nicht damit begnügen, die unbedingte Gehorsamspflicht mit Rücksicht auf alle Befehle abzulehnen. Die Frage erhebt sich nun noch für die rechtswidrigen Dienstbefehle, deren Ausführung straffrei erklärt wird: Wird durch den Art. 30 wenigstens für die Dienstbefehle die unbedingte Gehorsamspflicht festgesetzt?

Diese Frage ist nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch von grosser Bedeutung, denn wir müssen uns klar sein, dass auch Dienstbefehle rechtswidrig sein können. Auch nach Ausschluss der Privatbefehle bleibt noch ein genügendes Anwendungsfeld für Art. 30. Freilich, wenn man, wie Gugger[7], annimmt, dass ein Befehl, der einen rechtswidrigen Inhalt hat, niemals ein Dienstbefehl sein kann, bleibt für den Art. 30 wenig Raum mehr. Doch haben wir oben[8] schon gezeigt, dass rechtswidrige Dienstbefehle durchaus möglich sind und auch vorkommen. Wir haben nun also die Bedeutung der Straffreiheit, die der Art. 30 an die Ausführung solcher rechtswidriger Dienstbefehle knüpft, zu untersuchen.

Es sind zwei Lösungen denkbar:

a) Art. 30 auferlegt die Verantwortung ausschliesslich dem Befehlenden, der Ausführende wird nicht bestraft. Daraus schliessen einige, dass der einem unrechtmässigen Befehle Nichtgehorchende sich unter allen Umständen der Insubordination schuldig macht. Sie sehen also in dem Art. 30 eine unbedingte Pflicht, jedem Dienstbefehl zu gehorchen. Diese Auffassung vertreten z. B. Gretener und Stooss. Dieser schreibt[9]: „Es ist in der Tat nicht zu bezweifeln, dass der Gesetzgeber mit der Zusicherung der Straflosigkeit für den Untergebenen die Gehorsamspflicht über

militärisches Dienstverhältnis sich beziehenden Befehl eines militärischen Obern', dem unbedingt gehorcht werden müsse, wonach der Schluss gezogen werden kann, dass allen andern Befehlen, sofern sie rechtswidrigen Inhaltes sind, nicht Folge geleistet werden muss."

Und Gugger, S. 31: „Von blindem Gehorsam dürfe man, streng genommen, nicht reden."

[7] Gugger, S. 30: „Der Strafausschliessungsgrund des Art. 30 hat infolgedessen nur ganz eingeschränkte Bedeutung. Es wird äusserst selten zutreffen, dass ein solcher bestimmter, auf ein militärisches Dienstverhältnis bezugnehmender Befehl eine Uebertretung oder gar ein leichtes Vergehen in sich schliesst." Auch Stooss (S. 167) scheint mir den Kreis der rechtswidrigen Dienstbefehle etwas eng zu ziehen: „Praktisch handelt es sich am ehesten um Befehle, Untergebene zu misshandeln, zu bedrohen, zu beschimpfen, sei es zum Zwecke ihrer dienstlichen Bestrafung, sei es zur Einschüchterung oder Schikane."

[8] Siehe oben, § 3, II.

[9] Stooss, S. 168.

die Rechtspflicht setzen und damit eine Garantie für die unbedingte Gehorsamsleistung in Dienstsachen schaffen wollte. Er will für solche unerlaubte Handlungen dem auf Befehl handelnden Täter von vorneherein Amnestie gewähren, indem er einzelne, zwar nicht genannte Strafnormen des Gesetzes vorübergehend für ihn ausser Kraft setzt."

Was heisst aber der Satz: „Der Untergebene sei einem Befehl zu Gehorsam verpflichtet" anderes als der Befehl sei verbindlich? Hier ist der wunde Punkt der Theorie des unbedingten Gehorsams. Wenn das Gesetz wirklich verlangt, dass ein Befehl ausgeführt werde, so ist er verbindlich. Die Ausführung eines verbindlichen Befehls kann nicht rechtswidrig sein, und so kommen wir schliesslich wieder zu der bereits abgelehnten Konstruktion des rechtswidrigen Befehls als Rechtfertigungsgrund! Vor dieser Konsequenz schreckt sogar Stooss selber zurück; er fährt nämlich fort: „Aber die Handlung bleibt trotzdem rechtswidrig" (wie ist das möglich, wenn sie vom Gesetz selbst verlangt wird?), „der Gesetzgeber vermag wohl dem Täter Straflosigkeit zuzusichern, aber nicht, die von ihm selbst als Verbrechen proklamierte und unter Strafe gestellte Handlung zu einer mit der Rechtsordnung übereinstimmenden zu machen." In den Fällen, wo durch Leistung strikten Gehorsams offenbar eine unverhältnismässig schwere Rechtsverletzung begangen würde, will Stooss denn auch die Gehorsamsverweigerung zulassen. „In solchen Fällen würde kaum ein schweizerisches Militärgericht eine Verurteilung wegen Insubordination aussprechen. Volk und Heer würden dies verstehen und billigen." Also eben doch keine unbedingte Gehorsamspflicht! Trotzdem wurde dem Art. 30 immer und immer wieder ein unbedingter Gehorsam zugeschrieben. Stooss schreibt weiter: „Dieses Festhalten an der absoluten Gehorsamspflicht wurde von verschiedenen Seiten, und zwar auch von berufenen Militärs missbilligt und von Gretener in überzeugender Weise bekämpft. Dieser frägt mit Recht, ob gerade der schweizerische Gesetzgeber berufen sei, die Gehorsams- über die Rechtspflicht zu setzen und sich damit in Gegensatz zu stellen zu den Kodifikationen der andern europäischen Staaten."

Es zeigt sich hier wieder der grosse Wert von Mayers klarer Theorie: Der rechtmässige Befehl ist verbindlich — der rechtswidrige unverbindlich. Demnach lautet die richtige Fragestellung: Will das Gesetz durch die in weiteren oder engeren Grenzen festgesetzte Unverantwortlichkeit für auf Befehl begangene Delikte diese rechtswidrigen Befehle verbindlich erklären?

Nach dem Grundsatz: Der rechtswidrige Befehl kann nicht verbindlich sein, müssen wir die Frage verneinen und mit ihr die unbedingte Gehorsamspflicht des Art. 30. Wir kommen damit zu folgender Lösung:

b) Die Ausführung eines rechtswidrigen Befehls bleibt immer straffrei. Der Vorgesetzte hat den Befehl allein zu verantworten. Durch diese Straffreiheit setzt aber das Gesetz keine Gehorsamspflicht für den Untergebenen fest. Der Befehl bleibt rechtswidrig und unverbindlich, es verlangt niemand vom Untergebenen, dass er ihn befolge. Er riskiert darum auch keine Bestrafung wegen Insubordination, wenn er ihn nicht befolgt. Unverantwortlichkeit ist nicht gleichbedeutend mit Verbindlichkeit. Das muss hier noch einmal mit allem Nachdruck festgestellt werden. Dies ist ein allgemein anerkannter Grundsatz des Strafrechts[10]. Der Staat kann seine Gründe haben, warum er die Ausführung eines rechtswidrigen Befehls nicht bestrafen will, aber dass er die Ausführung damit auch verlangt, ist nicht anzunehmen. Das wäre geradezu ein Widerspruch des Staates mit sich selbst. Wollte der Staat aber wirklich auch einen solchen Befehl verbindlich erklären, so müsste er das ausdrücklich tun[11]. Wenn schon in den Gesetzesbestimmungen über die Bestrafung des Ungehorsams die Pflicht zum Gehorsam enthalten ist, so gilt diese Gehorsamspflicht stillschweigend nur für die rechtmässigen Befehle. Wenn es im Gesetz heisst: „Wer einem an ihn oder die Truppe gerichteten Befehl in Dienstsachen nicht gehorcht, wird bestraft", so ist damit selbstredend ein rechtmässiger Befehl gemeint. Mit dem rechtswidrigen Befehl hat sich hier der Gesetzgeber nicht zu befassen. Wollte er aber im Interesse der militärischen Disziplin auch die rechtswidrigen Befehle ausgeführt haben, so müsste er das ausdrücklich verlangen. Es kommt eben alles nur darauf an, von welcher Annahme man ausgeht:

Geht man davon aus, dass die Bestimmungen über den Ungehorsam sich auf jeden Dienstbefehl beziehen, dass also der unbedingte Gehorsam als Regel gelte, so ist allerdings der Schluss richtig, dass eine Ausnahme von dieser Regel in Art. 30 nicht

---

[10] Vgl. Hafter, S. 150, ebenso Rieter, S. 29, 33, 46, 129. Kaegi, S. 47/48.

[11] Ein solches widersinniges Verhalten, dass der Staat ausdrücklich verlangte, der Untergebene müsse auf Befehl eines Vorgesetzten ein Delikt begehen, sonst werde er bestraft, glaube ich nicht einmal in der bereits zitierten Kabinettsorder von 1821 zu erkennen: „Die erste Pflicht des Soldaten ist unbedingter Gehorsam gegen die Dienstbefehle seiner Vorgesetzten und ihm ein Urteil über deren Rechtmässigkeit oder ihre Folgen nicht zu gestatten." Auch hier wäre der Untergebene, der sich geweigert hätte, ein befohlenes Delikt zu begehen, deswegen sicher nicht bestraft worden.

zu finden ist. „Das Gesetz verlangt Gehorsam; würde es das in einem Fall nicht tun (nämlich beim rechtswidrigen Befehl), so müsste es eine Ausnahme vom Gehorsam ausdrücklich nennen. Dies könnte es tun, indem es den Gehorsam direkt verbietet, also die Ausführung bestraft oder wenigstens den Ungehorsam straffrei erklärt. In Art. 30 geschieht aber weder das eine noch das andere: er sagt nur, dass die Ausführung nicht bestraft werde. Das allgemeine Prinzip der militärischen Gehorsamspflicht ist also durch Art. 30 nicht aufgehoben für rechtswidrige Befehle."

Der Fehler dieser Ansicht liegt einzig in ihrem Ausgangspunkt: In der Annahme, dass grundsätzlich jedem Dienstbefehl gehorcht werden müsse. Statt die unbedingte Gehorsamspflicht zu beweisen, wird sie vorausgesetzt und dann gezeigt, dass sie nirgends aufgehoben wird. (In diesem Fall hätte aber der Art. 30 gar keinen Sinn, er würde eine Selbstverständlichkeit statuieren.)

Richtigerweise muss man aber gerade umgekehrt vorgehen: Es gibt keine rechtswidrigen verbindlichen Befehle, die Gehorsamspflicht besteht grundsätzlich nur gegenüber rechtmässigen Befehlen, ist also eine bedingte oder beschränkte. Eine absolute Gehorsamspflicht, auch gegenüber rechtswidrigen Befehlen, könnte nur dann angenommen werden, wenn solche Befehle irgendwo ausdrücklich verbindlich erklärt und ihre Nichtbefolgung unter Strafe gestellt würde. Das ist aber in Art. 30 nicht der Fall; dort wird lediglich die Ausführung eines rechtswidrigen Dienstbefehls *straffrei* erklärt, d. h. keineswegs, dass der Staat die Ausführung rechtlich vorschreibt. Im Gegenteil, darin sehe ich vielmehr eine Bestätigung, dass der Staat die Ausführung als rechtswidrig betrachtet, aus gewissen Gründen dem Ausführenden aber Amnestie gewährt, *ihn entschuldigt*. Der rechtswidrige Dienstbefehl stellt ganz einfach einen Schuldausschliessungsgrund dar, und zwar haben wir das typische Beispiel eines Schuldausschliessungsgrundes eigener Art, wie wir ihn oben[12] angenommen haben: Hier ist eben mit dem Irrtum allein nicht auszukommen. Die Ausführung des Befehls bleibt straffrei, ganz unabhängig davon, ob der Täter die Rechtswidrigkeit erkannt hat. Zwang liegt ebensowenig vor und eine Rechtfertigung infolge der Verbindlichkeit des Befehls haben wir schon wiederholt vollständig ausgeschlossen. Es kann also gar nichts anderes sein, als ein selbständiger Entschuldigungsgrund, der vom Gesetzgeber für alle diese Fälle der Ausführung von rechtswidrigen Dienstbefehlen geschaffen worden ist.

[12] Siehe oben, § 4, II, b.

Der Art. 30 enthält keine unbedingte Gehorsamspflicht. Die gegen ihn in dieser Beziehung erhobenen Einwendungen sind daher unbegründet. Er erklärt lediglich jede Ausführung eines Dienstbefehls als straffrei, ohne Rücksicht auf die subjektive Einstellung des Ausführenden. Eine andere Auslegung dieses Artikels scheint mir nicht möglich, wenn man sich in den grundsätzlichen Fragen auf den gleichen Standpunkt stellt, den wir im ersten Teil — der Lehre Mayers folgend — bezüglich der Wirkung des rechtswidrigen Befehls vertreten haben[13].

Nachdem nun auf diese Weise dieser Art. 30 in den Rahmen gewiesen ist, in den er seinem Wortlaut nach gehört, und nachdem er in seiner rechtlichen Bedeutung umschrieben ist, können wir erst seine Wirkung in der Praxis, seine Vor- und Nachteile richtig einschätzen.

Vor allem ist hier nun zuzugeben, dass durch den Art. 30 ein blinder Gehorsam *praktisch* herbeigeführt werden kann, obwohl er rechtlich nicht verlangt wird. Jeder Untergebene weiss, dass er nicht bestraft werden kann, wenn er in Ausführung eines Dienstbefehls handelt, das wird ihn schliesslich dazu bringen, hemmungslos jedem Befehl zu gehorchen, auch wenn er dessen Rechtswidrigkeit klar erkennt. Der Vorgesetzte soll die Suppe ausessen. Und endlich kann es sogar allgemein in Vergessenheit geraten, dass man einen rechtswidrigen Befehl nicht befolgen *muss,* denn das wird ja dem Soldaten von niemandem gesagt. So kann es sich geben, dass faktisch ein unbedingter Gehorsam gegenüber jedem Dienstbefehl besteht. Doch möchte ich mit aller Entschiedenheit den Unterschied zwischen diesem möglichen, tatsächlichen Zustand und dem rechtlichen Gehorsamszwang aufrechterhalten; es ist doch immer etwas ganz anderes, ob man freiwillig gehorcht oder durch Strafandrohungen dazu gezwungen wird[14].

Diese praktische Folge des Art. 30 hat aber bedeutende Vorzüge. Vom militärischen Standpunkt aus ist es erforderlich, dass der grosse Apparat der Ueberordnung und Unterordnung reibungslos funktioniert. Nur dann ist genaue Ausführung der Befehle zu erwarten, wenn der Untergebene dem Vorgesetzten

[13] Diese Ansicht steht zwar im Widerspruch mit der heute geltenden Meinung: Allgemein spricht man vom blinden, unbedingten Gehorsam des Art. 30, z. B. die Botschaft 1918, S. 17: „unbedingter Gehorsam und daraus folgend die Straflosigkeit." Ebenso Trüssel in Ztschr. d. bern. Jur. V. 1928, Heft 1, S. 12 und Lenzlinger, S. 39.

[14] Das erstere ist eigentlich streng genommen kein Gehorchen im Rechtssinne, denn Gehorsam muss erzwungen werden können.

hemmungslos vertraut. Das ist aber am ehesten dann der Fall, wenn der Vorgesetzte alle Verantwortung für die Befehle allein übernimmt. Das ist auch der Grund, warum der Art. 30 den einem Dienstbefehl Gehorchenden immer straffrei lässt: Es geschieht das in der richtigen Erkenntnis, wie wichtig es ist, dass die Dienstbefehle (die Regel sollen die rechtmässigen sein, die rechtswidrigen werden als seltene Ausnahme eben mit in den Kauf genommen) im Sinne der strikten Disziplin ausgeführt werden.

An die Seite dieses rein militärischen Vorteils tritt noch ein anderer: der Art. 30 bietet eine äusserst einfache Anwendung für die Rechtsprechung, er garantiert eine klare und konstante Gerichtspraxis. Die Bestrafung des Täters fällt weg, wenn er auf einen Dienstbefehl hin handelte. Dieses rein äusserliche Moment, das Vorliegen eines Dienstbefehls, ist natürlich für den Richter viel leichter festzustellen, als ein subjektives, das Verschulden des Täters[15].

Was nun die Tatsache anbetrifft, dass der Art. 30 eine weitgehende Willensunterordnung, einen bedingungslosen Gehorsam tatsächlich fördert, so möchte ich darin an und für sich noch nichts Ehrenrühriges sehen. Vor allem sei hier einmal die schlechte, unwürdige Bezeichnung „Kadavergehorsam" energisch zurückgewiesen. Die Unterordnung des Soldaten im Interesse des Ganzen unter einen fremden Willen, auch wenn sie sehr weit gehen sollte und von aussen und oben stark beeinflusst wird, verdient diese Benennung nicht. Betrachtet man den militärischen Gehorsam als das Produkt unbedingter Pflichterfüllung, deren Grundlage ein ausgeprägtes Pflichtbewusstsein ist, so wird niemand behaupten dürfen, der Gehorsam verletze die Manneswürde in irgendeiner Weise; ja, bei einer rein ethischen Auffassung der militärischen Subordination wäre es vielleicht berechtigt, das Prinzip des absoluten Gehorsams aufzustellen, denn an die Möglichkeit, ein Vorgesetzter könne eine verbrecherische Handlung anbefehlen, würde dabei gar nicht gedacht[16]. Es ist übrigens bezeichnend, dass der Ausdruck „Kadavergehorsam" als Schlagwort gebraucht wurde, weniger um den Art. 30 in sachlich juristischer Art zu kritisieren, als um gegen die militärische Unterordnung und Disziplin überhaupt verwendet zu werden.

Es hat denn auch nicht an Stimmen gefehlt, die den Art. 30

[15] Vgl. Ernst, S. 50 und 56.
[16] Rieter, S. 36.

in Schutz nahmen. So sagt z. B. Ernst[17]: „Ich stehe der Lösung des Art. 30 persönlich näher, weil es vom militärischen Standpunkt aus von grösster Bedeutung ist, dass der Vorgesetzte das volle Zutrauen seiner Untergebenen geniesst; dies erreicht er aber in erster Linie durch unbedingte Uebernahme aller Verantwortung für jeden seiner Befehle. Dadurch erzielen wir neben der juristischen Klarheit für den Untergebenen auch noch erzieherische Wirkung für den Vorgesetzten, der, muss er die volle Verantwortung für jeden seiner Befehle übernehmen, sich diese im Zweifelsfall wohl überlegen wird"[18].

Und in der Expertenkommission für das MSGB[19] äussert sich Bolli wie folgt: „Ein Uebelstand des bisherigen Art. 30 ist mir nicht bekannt. Eine solche strikte Vorschrift ist für unsere Milizarmee nichts Zufälliges gewesen. Wir wittern selbst die Gefahr einer Lockerung des Gehorsams, wenn wir die Kritik der Befehle gestatten, und diese Gefahr ist bei uns viel grösser als bei der festgefügten Armee eines Militärstaates."

Aber der Art. 30 hatte trotz dieser Vorzüge schon seit langer Zeit eine starke Gegnerschaft, deren Angriffe sich vor allem gegen die unbedingte Gehorsamspflicht richteten. Hafter schreibt in den Motiven zum Vorentwurf 1916: „Kaum ein anderes Gesetzbuch teilt den Standpunkt des geltenden schweizerischen Rechtes — unbedingte Gehorsamspflicht und Straflosigkeit des einen rechtswidrigen Befehl Ausführenden. Mayer führt treffend aus, dass auf eine rechtswidrige Handlung abzielende Befehle nicht verbindlich sein können. Das Gegenteil anzuerkennen, wäre zwar für die Disziplin einer Verbrecherbande unerlässliche Maxime, für einen Verband staatlicher Organe eine Schande." Dass dieser Vorwurf des unbedingten Gehorsams für den Art. 30 streng logisch und juristisch nicht berechtigt erscheint, haben wir oben zu zeigen versucht. Dass er immer wieder auftaucht, mag seinen Grund darin haben, dass die Wirkung des Art. 30 auf die Untergebenen praktisch einem (allerdings freiwilligen) blinden Gehorsam gleichkommen kann. Aber auch abgesehen von diesem Vorwurf ist ohne weiteres zuzugeben, dass der Art. 30 in der Auslegung, die wir ihm gegeben haben, nicht ohne Nachteile ist.

[17] Ernst, S. 50.

[18] Dieses letzte Argument scheint mir nun allerdings nicht ganz zutreffend. Für den Vorgesetzten bleibt sich die Lage genau gleich, er hat auf alle Fälle den Befehl voll zu verantworten. Fraglich ist nur, ob *ausser ihm* auch der Ausführende verantwortlich sein soll. Ist dies der Fall, so wird deswegen etwa nicht die Verantwortung des Befehlenden vermindert oder gar aufgehoben.

[19] Protokoll der Expertenkommission vom 12. April 1917.

Vor allem ist die Tatsache juristisch unbefriedigend, dass auch der bösgläubige Täter straffrei bleibt, d. h. der Täter, der die Rechtswidrigkeit der befohlenen Handlung einsah, und vielleicht den bestehenden Befehl sogar gerne als Vorwand benützt, um unbestraft zu delinquieren. Das Schuldmoment ist von solcher Bedeutung für das Strafrecht, dass es dem Juristen doch widersteht, einen Täter ohne Rücksicht auf seine subjektive Einstellung straflos zu erklären. Aufgabe des Strafrechts ist schliesslich nicht nur, jemanden zu finden, den man verurteilen kann, sondern auch zu verhindern, dass man verurteilen muss. Darum sollte auch der Untergebene durch eine Strafandrohung von der Ausführung eines als rechtswidrig erkannten Befehles abgehalten werden. Die Einstellung zu an und für sich rechtswidrigen Handlungen wird durch Art. 30 im ungünstigen Sinne beeinflusst. Ein nettes Beispiel hiefür findet sich in dem Tagebuch eines Korporals aus dem Aktivdienst[20]. Ein Korporal kommt in Rheinfelden auf Wache: „..... hier ist das Wachtlokal mit Befehlen tapeziert. Auch auf meine Vorstellungen hin wurde dies nicht vereinfacht. Ein Schildwachebefehl lautete: Jedes fahrende Schiff ist zu beschiessen. Eines Tages: ‚Korporal rauss!' Auf deutscher Seite ein fahrendes Schiff! Das war mein Fall. *Obschon ich mir bewusst war, dass ich nicht auf deutsche Seite schiessen lassen durfte, aber durch den Wortlaut des Befehls mich gedeckt wusste,* befahl ich dem Mann Feuer in die Nähe des Schiffes — was ich nicht wiederholen musste. Das gab Alarm — und ich erhielt endlich die neuen Befehle!" Das ist sehr bezeichnend für die Auffassung, wie sie nur auf dem Boden des Art. 30 gedeihen kann. Ob in dem Falle unseres Korporals der Zweck das Mittel heiligte, kann dahingestellt bleiben. Sicher aber muss diese Wirkung der absoluten Deckung durch den Befehl auf den Untergebenen als gefährlich und juristisch falsch betrachtet werden.

Bei der Revision des MSGB von 1851 ist denn auch der Art. 30 geändert worden. Dies ist nicht zu bedauern, wenn es gelungen ist, das Handeln auf Befehl im neuen Gesetz so zu regeln, dass bei klarerem Wortlaut die Vorteile des Art. 30 möglichst gewahrt und seine Nachteile möglichst gemindert worden sind. Ob und wie das geschehen ist, werden uns die folgenden Betrachtungen zeigen. Wir mussten uns beim Art. 30 darum

[20] Allgemeine Schweiz. Mil.-Ztg. 1929, Nr. 11, S. 567: „Als Korporal im Aktivdienst."

etwas länger aufhalten, weil die Bedeutung der heutigen Regelung nur bei genauer Kenntnis des Art. 30 und im Vergleich mit ihm richtig gewürdigt werden kann.

§ 7. Die Weiterentwicklung bis zum heutigen Militärstrafgesetzbuch.

I. Revisionsarbeiten und Entwürfe.

Schon bald hatte man die dem Militärstrafgesetzbuch von 1851 anhaftenden Mängel wohl erkannt, und vor allem war es die Zeit des Weltkrieges, welche die Unzulänglichkeit dieses Gesetzes zum vollen Bewusstsein kommen liess. Doch schon früher hatte der Bund die Neugestaltung des gesamten Militärstrafrechtes versucht. Die Revisionsarbeiten setzten ein im Jahre 1876, indem Prof. Hilty vom Bundesrat mit der Ausarbeitung eines Entwurfes beauftragt wurde. 1881 folgte diesem ersten Entwurf ein zweiter, ebenfalls von Hilty abgefasst, der dann vom Bundesrat mit Botschaft vom 30. Mai 1884 der Bundesversammlung vorgelegt wurde. Das Unternehmen führte nicht zum Ziel, der Bundesrat zog schliesslich diesen Entwurf wieder zurück; doch liess sich nachher das Material, das diese Reformarbeiten gezeitigt hatten, ausgiebig verwenden[1].

Uns interessiert aus dem Entwurf von 1884, der übrigens schon bedeutend besser war als das Gesetz von 1851, nur die Bestimmung über das Handeln auf Befehl. Es ist dies der Art. 18 mit dem Marginale „Aufhebungsgründe der Strafbarkeit." Er lautet: „Die in diesem Gesetzbuche vorgesehenen Handlungen werden nicht bestraft: Ziff. 4: Wenn die strafbare Handlung auf bestimmten, auf ein militärisches Dienstverhältnis Bezug habenden Befehl eines militärischen Vorgesetzten stattgefunden hat."

Diese Formulierung bedeutet nur eine redaktionelle Aenderung; inhaltlich wurde dadurch an der Vorschrift des Gesetzes von 1851 nichts geändert. Auch hier wird Straffreiheit zugesichert, wenn ein Untergebener eine strafbare Handlung auf dienstlichen Befehl begeht. Wir haben also rechtlich genau das gleiche Bild wie beim alten Art. 30: Einen Strafausschliessungsgrund eige-

[1] Vgl. zu dieser geschichtlichen Entwicklung: Gugger, S. 4. Ferner Botschaft des Bundesrates zum MSGB 1918; Botschaft zum Entwurf 1884; Geel, Sten. Bull., Ständerat, April 1921, S. 170.

ner Art ohne Rücksicht auf die subjektive Stellung des Täters[2]. Wir brauchen uns darum bei diesem Entwurf von 1884 nicht länger aufzuhalten.

In der folgenden Zeit ruhten die Reformbestrebungen. Durch eine Anzahl von Novellen und Erlassen hat man allerdings besonders schlimme Härten des alten Gesetzes beseitigt[3]. Allein eine solche Novellen-Gesetzgebung bleibt immer ein Stückwerk, darum drängte denn auch seit 1914 alles zu einer vollständigen Neugestaltung des Militärstrafrechts hin.

Im Mai 1916 beauftragte der Bundesrat Prof. Hafter in Zürich, einen Vorentwurf zu einem neuen Militärstrafgesetzbuch auszuarbeiten. Prof. Hafter entledigte sich seiner Aufgabe in den Jahren 1916, 1917 und 1918 und schuf einen Vorentwurf, der den Erfahrungen der Kriegsjahre Rechnung trägt und den modernen Anschauungen entspricht. Er bildete von nun an die Grundlage für alle weiteren Arbeiten an der Revision unseres MSGB. In zahlreichen Fällen weicht der Vorentwurf vom alten Strafgesetz ab, und schafft endlich Remedur in vielen Uebelständen, die sich während der langen Geltungsdauer des Gesetzes von 1851 bemerkbar gemacht haben.

Gerade in der Frage nach der Wirkung des rechtmässigen Befehls zeigt der Vorentwurf Hafters eine grundsätzliche Abweichung vom alten Art. 30. Der betreffende Art. 17 des Vorentwurfes lautet:

„Wer auf dienstlichen Befehl eines militärischen Vorgesetzten handelt, ist straffrei.

Sieht der Täter jedoch ein oder musste er einsehen, dass ein ihm erteilter Befehl auf die Verübung einer strafbaren Handlung gerichtet ist oder überschreitet er den Befehl, so ist er strafbar. Der Richter kann die Strafe nach freiem Ermessen mildern."

Es ist sofort ersichtlich, worin der Unterschied zum alten Art. 30 liegt. Dort bleibt der Täter immer straflos, während hier der im ersten Absatz aufgestellte Grundsatz der Straffreiheit im zweiten Absatz eingeschränkt wird. Die Straffreiheit oder Strafbarkeit hängt ab vom Täter, sie ist bedingt. Der Strafausschliessungsgrund hat nicht mehr für alle Fälle Wirkung.

Diese grundsätzliche Aenderung gegenüber dem Art. 30 hat der Vorentwurf durch alle Beratungen in der Expertenkommission in den Jahren 1917/1918 und in der Bundesversammlung hindurch beibehalten können. Das Endresultat steht im

[2] Ebenso Nanz, S. 29 und Gugger, S. 27.
[3] Siehe in der Botschaft von 1918 S. 2.

wesentlichen auf dem gleichen Boden wie der Vorentwurf. Wir können also die Betrachtung der juristischen Konstruktion des Art. 17 des Vorentwurfs gemeinsam mit dem heute geltenden Art. 18 des schweizerischen MSGB vom 1. Januar 1928 vornehmen; dabei werden die Debatten in der Expertenkommission und im Parlament gute Dienste leisten für die richtige Auslegung der heute geltenden Bestimmung.

II. Der Artikel 18 des geltenden Militärstrafgesetzes.

a) Allgemeines.

Der Art. 18 hat folgenden Wortlaut:

„Wird ein Verbrechen oder Vergehen auf dienstlichen Befehl begangen, so ist immer der Vorgesetzte oder der Höhere, der den Befehl erteilt hat, als Täter strafbar.

Auch der Untergebene ist strafbar, wenn er sich bewusst war, dass er durch die Befolgung des Befehls an einem Verbrechen oder Vergehen mitwirkt. Der Richter kann die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von einer Bestrafung Umgang nehmen."

Die grundsätzliche Neuerung dieser Bestimmung liegt in einer *Verlegung des Hauptgewichtes vom Befehl weg auf den Ausführenden, von einem objektiven auf ein subjektives Moment.* Nach Art. 30 lag die entschuldigende Kraft im Befehl selbst, nach Art. 18 dagegen ist der Schuldausschliessungsgrund im Täter zu suchen.

In der Botschaft des Bundesrates heisst es: „Art. 30 lässt den Täter immer straflos. Diesen Standpunkt teilt heute kaum noch ein anderes Gesetzbuch. Art. 17 stellt nun folgende Lösung auf: Ein auf Befehl eines militärischen Vorgesetzten begangenes Delikt ist stets objektiv rechtswidrig, fraglich bleibt allein, ob das Handeln auf Befehl schuldausschliessend wirken muss. Das ist vom militärischen Standpunkt aus zunächst zu bejahen. In vielen Fällen wird es sich auch direkt feststellen lassen, dass der den Befehl ausführende Täter sich in einem Irrtum befindet. Allein die militärische Gehorsamspflicht muss an einem bestimmten Punkt ihre rechtliche Grenze finden. Sie kann dann nicht mehr gelten, wenn der Täter sich klar darüber ist, dass der Vorgesetzte auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt, wenn er weiss, dass er durch die Befolgung des Befehls an einem Vergehen mitwirkt"[4].

[4] Hier kommt freilich wieder die m. E. unrichtige Meinung zum Ausdruck, dass der Art. 30 durch seine Strafbefreiung eine unbedingte Gehorsamspflicht statuiere. Siehe oben S. 63.

Hier trägt also das Gesetz jenen Fällen Rechnung, in welchen der rechtswidrige Befehl entschuldbare Irrtümer herbeiführen kann, welche die Zurechnung der Schuld ausschliessen. Allgemein verlangt das Strafrecht für die Anwendung seiner Normen das Bewusstsein derjenigen Umstände, welche als Merkmale einer durch das Gesetz strafbaren Handlung gelten. Fehlt dem Täter die Kenntnis dieser Tatumstände, so befindet er sich in einem Irrtum.

Der Irrtum, in dem der Untergebene sich befinden kann, kann ein zweifacher sein: Entweder ein Irrtum über die Rechtmässigkeit oder über die Verbindlichkeit des Befehls.

a) Der Untergebene war sich der Tatbestandsmerkmale, die der anbefohlenen Handlung ihren deliktischen Charakter verleihen, nicht bewusst; er hatte die Widerrechtlichkeit des erteilten Befehls nicht erkannt. Der Untergebene sieht somit seine Handlung als rechtmässig an und ist sich keines Unrechts bewusst. Darum trifft ihn für sein Verhalten keine Schuld und keine Strafe.

b) Es kann aber auch Irrtum über die Verbindlichkeit eines rechtswidrigen Befehls vorliegen. Der Untergebene täuschte sich nicht über die Rechtswidrigkeit der anbefohlenen Handlung, er war sich ihres deliktischen Charakters bewusst; aber er war im guten Glauben, er sei verpflichtet, dem Befehle trotzdem zu gehorchen. Auch dieser Irrtum muss unzweifelhaft als Schuldausschliessungsgrund gelten. Trotzdem der Untergebene weiss, dass seine Handlung gegen das Recht verstösst, ist er doch im guten Glauben, sein Verhalten sei rechtmässig, indem er, vielleicht infolge falscher Instruktionen, sich verpflichtet fühlt, zu gehorchen. Er setzt die Gehorsamspflicht irrigerweise über die Rechtspflicht. Der gute Glaube einer Person ist also immer ein rein subjektives Empfinden. Der Untergebene ist sich auch hier keines Unrechts bewusst, darum darf ihn keine Strafe treffen[5].

Nun scheint allerdings der Wortlaut des Art. 18 der Berücksichtigung des Irrtums über die Verbindlichkeit entgegenzustehen: der Untergebene ist straffrei, wenn er sich nicht bewusst ist, durch die Befolgung an einem Verbrechen oder Vergehen mitzuwirken. Das umfasst aber nur den Irrtum über die Rechtmässigkeit und nicht den Irrtum über die Verbindlichkeit, bei dem wir ja gerade angenommen haben, dass das Bewusstsein der rechtswidrigen Handlung vorhanden sei. Sollte man daraus

[5] Zur Unterscheidung: Irrtum über die Rechtmässigkeit und Irrtum über die Verbindlichkeit vgl. Mayer, S. 146 ff. und Nanz, S. 92 ff.

schliessen, dass der Untergebene, der sich in guten Treuen über die Verbindlichkeit irrt, bestraft werden müsse? Das möchte ich doch nicht annehmen. Selbst wenn man in Art. 18 nur den Irrtum über die Rechtmässigkeit berücksichtigt sehen will, so muss der über die Verbindlichkeit Irrende eben mit dem Irrtumsartikel (Art. 17) geschützt werden. Sicher ist auch der Verbindlichkeitsirrtum strafrechtlich relevant.

In diesem Zusammenhang eine Unterscheidung zwischen Rechtsirrtum und Tatirrtum zu machen, wie man es in der Literatur häufig antrifft[6], scheint mir überflüssig. Hafter führt hiezu aus: „Die Scheidung und verschiedene Behandlung von Tatirrtum und Rechtsirrtum geht auf eine verständnislose Anknüpfung an den römischen Satz: „Error juris nocet"[7] zurück. Er hat unendliches Unheil angestiftet. Alle diese Unterscheidungen sind haltlos, scharfe Grenzziehungen gelingen auch gar nicht. Vom Standpunkt der Schuldlehre aus muss jeder Irrtum des Täters über die deliktische Eigenschaft seiner Handlung beachtet werden. Der Richter darf, wenn der gute Glaube des Täters einwandfrei erwiesen ist, keinen Vorsatz annehmen"[8].

Wir können also im Art. 18 Schuldausschliessung für den Gehorchenden infolge eines Irrtums sehen. Wir finden uns mit dieser Gesetzesbestimmung also wieder auf dem Boden Mayers, der nur den Irrtum als Entschuldigungsgrund für das Handeln auf Befehl anerkennt, während wir unter der Herrschaft des Art. 30 damit nicht auskommen konnten.

Die Erweckung dieses Irrtums wird durch den rechtswidrigen Befehl sehr leicht möglich werden, weil die aus militärischen Rücksichten geforderte Unterordnung eine weit grössere Ausdehnung annimmt, als in irgendeinem andern Gewaltverhältnis; darum sind auch die Voraussetzungen zur Zurechnungsfähigkeit hier wesentlich enger[9]. Der Soldat ist dazu erzogen, in dem Vorgesetzten einen Menschen von höherem Wissen und von einwandfreier Gesinnung zu achten. Er wird in seinen, meist nicht in ruhiger Gemütsverfassung angestellten Erwägungen nur gar zu leicht zu dem Schluss kommen, dass der mit höherer Einsicht begabte Vorgesetzte die Sache besser verstehe, dass er auch nichts befehlen werde, was er nicht verantworten könne. Und dies wird

[6] Z. B. Nostitz, S. 78, Nanz, S. 92 mit Literaturangaben.

[7] Dieser Satz hatte keine strafrechtliche, sondern nur zivilrechtliche Bedeutung.

[8] In den Art. 16 und 17 MSGB haben sowohl der Tatirrtum, wie auch der Rechtsirrtum Berücksichtigung gefunden.

[9] Rieter, S. 46.

um so mehr der Fall sein, je energischer und zielbewusster der Vorgesetzte auftritt. Man prüfe also in solchem Falle sehr genau, ehe man für erwiesen erachtet, dass dem Untergebenen der verbrecherische Zweck des Befehls bekannt gewesen[10]. Die ganze Erziehung des Soldaten zum Gehorsam, die eindringlichen Mahnungen der Reglemente, Instruktionen und Vorschriften werden nicht wirkungslos bleiben; freilich sind diese alle nur für die rechtmässigen Befehle bestimmt, aber sie können doch sehr leicht gerade auch über einen rechtswidrigen Befehl eine irrtümliche Meinung hervorrufen. In dieser Tatsache mag auch ein Grund liegen, dass man sich für das Handeln auf Befehl nicht mit den allgemeinen Bestimmungen über den Irrtum (in unserem MSGB Art. 16 und 17) begnügte, sondern es für nötig hielt, einen besonderen Artikel zu schaffen, der diesen Irrtum regeln soll, denn tatsächlich ist der Irrtum, der durch den rechtswidrigen Befehl erweckt werden kann und der als Schuldausschliessungsgrund gelten soll, etwas Besonderes; gerade darin, dass er viel leicher angenommen werden muss — aus militärischen Rücksichten — als der gewöhnliche Irrtum, ist die Notwendigkeit begründet, ihn besonders zu erwähnen. Dies geschieht im Gesetz direkt im Anschluss an die allgemeinen Irrtumsbestimmungen, wodurch der enge Zusammenhang dokumentiert wird. Hafter[11] schreibt: „Eine wichtige Rolle kann der Irrtum beim Handeln auf Befehl spielen. Dieses Problem muss das Militärstrafrecht aber durch eine besondere Bestimmung lösen."

Grundsatz bleibt nun allerdings auch beim Art. 18 *die Straffreiheit* des einen rechtswidrigen Befehl ausführenden Untergebenen. Nur soll dies nicht mehr für alle Fälle gelten; es werden gewisse Ausnahmen (Bestrafung) von der Regel (Straffreiheit) gemacht. Das ergibt sich vor allem, wenn man die drei Gesetzestexte: Vorentwurf Hafter, Art. 17, Botschaft 1918, Art. 17 und den heute geltenden Art. 18 nebeneinander betrachtet. Der Vorentwurf spricht sogar im ersten Absatz deutlich aus: Wer auf dienstlichen Befehl handelt ... ist nicht strafbar. Die beiden andern Texte bestimmen im ersten Absatz, dass der *Vorgesetzte* als Täter strafbar sei, woraus ebenfalls auf die Straffreiheit des Täters geschlossen werden darf. In der Expertenkommission[12] kam ebenfalls die Tendenz deutlich zur Geltung, den Gehorchenden grundsätzlich straffrei zu lassen. Stooss verlangte die Formu-

[10] Nostitz, S. 82.
[11] Vorentwurf, Hafter, mit Motiven, Art. 16.
[12] Protokoll vom 13. April 1927.

lierung des zweiten Absatzes: „Der Untergebene ist *nur* strafbar, wenn ...". Das wurde denn auch so in den Text der Botschaft aufgenommen, und ist ein deutlicher Hinweis, dass die Bestrafung des Untergebenen nur ausnahmsweise, unter gewissen Voraussetzungen, eintreffen sollte. Auch in den Verhandlungen der Räte kam diese Auffassung zum Ausdruck. Maunoir führt aus[13]: „Nous disons ‚le subordonné ou l'inférieur *n'est punissable que* s'il s'est rendu compte, etc.,' pour bien montrer que dans le cas particulier cela correspondait mieux à ce que nous désirons, c'est-à-dire qu'en principe il n'est pas punissable. Il faut le dire. Ce n'est que l'exception." Um so bedauerlicher ist es, dass schliesslich im deutschen Text das „nur" durch „auch" ersetzt worden ist, was allerdings von Seiler[14] nur als redaktionelle Aenderung bezeichnet wurde. Immerhin bringt das „auch" im endgültigen Text die dem Artikel zugrunde liegende Idee der prinzipiellen Straffreiheit nicht mehr so deutlich zum Ausdruck. Im französischen Text ist dagegen das „ne que" beibehalten worden.

Wir können nun zusammenfassend den Art. 18 folgendermassen charakterisieren: Grundsätzlich hat der befehlende Vorgesetzte seinen Befehl zu verantworten, der einen rechtswidrigen Dienstbefehl Ausführende bleibt straffrei. Er wird nur bestraft, wenn sich bei ihm gewisse Voraussetzungen erfüllen: nämlich die Kenntnis, dass der Befehl auf eine strafbare Handlung gerichtet ist. In allen andern Fällen bildet der Irrtum, in den der Untergebene durch den Befehl versetzt wird, für ihn einen Schuldausschliessungsgrund. In dem Fall aber, wo dieser Irrtum nicht vorliegt, wird der Täter bestraft; daraus resultiert für ihn eine Weigerungspflicht, er muss den Gehorsam verweigern[15].

Damit sind wir nun dem Vorbild des deutschen MSGB gefolgt, das in § 47 bestimmt: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers:

2. Wenn ihm bekannt gewesen, dass der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte."

[13] Sten. Bull., Nationalrat, Winter 1926.

[14] Sten. Bull., Nationalrat, Winter 1926.

[15] Es wird wohl nicht nötig sein, in diesem Zusammenhange noch daran zu erinnern, dass auch hier nur von Dienstbefehlen die Rede ist, und dass somit die Begehung von gemeinen Delikten (z. B. Sittlichkeitsdelikte usw.) gar nicht in Betracht kommt. Die Straflosigkeit kommt überhaupt nur in Frage für Handlungen, die auf Dienstbefehle, und nicht auf Privatbefehle hin begangen werden.

Nachdem wir so die grundsätzliche Stellung des neuen Artikels 18 kennengelernt haben, bleiben uns immer noch einige Besonderheiten dieses Artikels zu untersuchen: so die Nichtbefolgung eines irrtümlich für rechtmässig gehaltenen rechtswidrigen Dienstbefehls; die Frage nach den Uebertretungen; die Strafmilderung und das Absehen von Strafe: und schliesslich werden wir noch den alten Art. 30 und den Art. 18 vergleichend nebeneinander stellen und den Unterschied betrachten, der zwischen ihnen besteht.

b) Besonderheiten.

1. Wenn ein Untergebener einen rechtswidrigen Dienstbefehl irrtümlicherweise für rechtmässig oder verbindlich hält, und er befolgt ihn trotzdem nicht, sei es aus Trägheit, Vergesslichkeit oder auch in der Absicht, die Gehorsamspflicht zu verletzen, so erhebt sich die interessante Frage, ob in einem solchen Fall wirklich das Delikt des Ungehorsams vorliegt. Mayer[16] ist der Ansicht: „Wird der irrigerweise als rechtmässig angesehene Befehl nicht befolgt, so unterbleibt eine gesetzwidrig anbefohlene Handlung, etwas Unrechtes wird vermieden. Da aber der Beamte, dem die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht klar geworden ist, keinen Grund hatte, unfolgsam zu sein, muss er seine Unfolgsamkeit vertreten. Es kommen aber nur disziplinäre Massnahmen in Frage." Dieser Meinung möchte ich mich aber nicht anschliessen. Die Rechtswidrigkeit und damit die Unverbindlichkeit eines Befehls ist etwas völlig Objektives und ganz unabhängig von der Kenntnis des Untergebenen. Die Kenntnis kann nur eine Rolle spielen bei der Frage nach der Schuld. Da der unverbindliche Befehl keine Gehorsamspflicht begründet, kann der Untergebene gar nicht ungehorsam sein. Freilich, die schlechte Absicht kann vorliegen. Aber ich möchte bezweifeln, ob sich das Strafrecht mit einer rein subjektiven Absicht befassen kann, bevor die geringste Tatbestandmässigkeit vorliegt. Selbst in militärischen Verhältnissen, wo freilich schon der blosse Wille zum Ungehorsam gefährlich ist, kann erst Bestrafung eintreten, wenn der Wille sich in Tat umgesetzt hat. Ich möchte darum der Ansicht von Nostitz beipflichten[17]: „Der Ungehorsam setzt den Befehl eines Befehlsberechtigten voraus. Fehlt es am Befehl, so ist der Ungehorsam undenkbar. Der Täter mag zwar der Ansicht sein, einen rechtsgültigen Befehl erhalten zu haben und

[16] Mayer, S. 147.
[17] Nostitz, S. 46.

diesem vorsätzlich entgegenzuhandeln, was er aber tut, ist weder vollendeter noch versuchter Ungehorsam, das ist etwas rechtlich völlig Bedeutungsloses." Und ebenso Rieter[18]: „Ein Untergebener, der ohne Kenntnis der Rechtmässigkeit eines Befehls diesen unbefolgt lässt, muss seine Unfolgsamkeit nicht vertreten, denn einem unverbindlichen Befehl wird unter keinen Umständen Gehorsam geschuldet und die blosse Nichtbefolgung dieses Befehls kann daher auch selbst eine Disziplinarstrafe nicht auslösen."

2. Bei der Vergleichung der betreffenden Gesetzestexte fällt uns eine Verschiedenheit auf: Der Artikel 30 spricht allgemein von *unerlaubten Handlungen*. Art. 17 des Vorentwurfs 1918 lässt den Täter straffrei, wenn er nicht eingesehen hat, dass der Befehl auf die Verübung einer *strafbaren Handlung* gerichtet ist. Im Art. 17 der bundesrätlichen Botschaft findet sich aber eine Aenderung: Absatz I spricht auch noch allgemein von einer *strafbaren Handlung* auf Befehl, für die der Befehlende als Täter strafbar ist. In Absatz II wird dann aber der Untergebene strafbar, wenn er wusste, dass er durch die Befolgung des Befehls an einem *Vergehen* mitwirkte. Und der endgültige Art. 18 spricht überhaupt nur noch von Verbrechen oder Vergehen. Muss aus diesem Wortlaut nun darauf geschlossen werden, dass die *Uebertretungen ausgeschlossen* seien, dass also die Ausführung eines Befehls, der eine Uebertretung oder eine Disziplinarverfehlung bezweckt, immer straffrei bleiben soll?

Man muss bei der Beantwortung dieser Frage davon ausgehen, dass auch der Befehl, der eine bürgerliche Uebertretung oder eine militärische Disziplinarübertretung zum Inhalt hat, rechtswidrig und unverbindlich ist. „Auch der Ordnungsfehler ist eine rechtswidrige schuldhafte Handlung"[19]. Man kann also auch hier wieder der beschränkten Formulierung „Verbrechen und Vergehen" nur die Bedeutung beimessen, dass der Untergebene, der eine befohlene Uebertretung ausführt, unter allen Umständen unverantwortlich bleibt. Wollte man aus dieser Straffreiheit die Pflicht, befohlene Uebertretungen auszuführen, herleiten, so muss dagegen das gleiche eingewendet werden, was oben bei Art. 30 gesagt wurde. Aus der Straflosigkeit darf man

[18] Rieter, S. 44. Anders dagegen Nanz, S. 95: „Sobald aber der Untergebene den Befehl als rechtmässig und somit für verbindlich erachtet, so hat er keinen gerechtfertigten Grund, dem Vorgesetzten den Gehorsam zu verweigern."

[19] Botschaft 1918, S. 12.

noch nicht auf eine Gehorsamspflicht schliessen. Mayer sagt hiezu[20]: „Allerdings schliesst die herrschende Lehre aus der Unverantwortlichkeit des Untergebenen auf die Verbindlichkeit des Befehls, woraus sich dann ergibt, dass der Ungehorsam zu bestrafen ist. Dieses Ergebnis, das die Anerkennung eines verbindlichen rechtswidrigen Befehls enthält, beruht auf einem Trugschluss. Wenn feststeht, dass jemand wegen einer rechtswidrigen Handlung nicht zur Rechenschaft gezogen werden darf — und das allein steht in unserem Falle fest, — so ist ihm hiemit noch nicht im entferntesten die Rechtspflicht auferlegt, die rechtswidrige Handlung zu begehen. Deswegen ist der Schluss von der Unverantwortlichkeit auf die Verbindlichkeit solange begriffswidrig, als nicht nachgewiesen ist, dass auf Befehl begangene Uebertretungen rechtmässige Handlungen sind."

Also: *Die Strafbarkeit des Untergebenen kann nur eintreten, wenn die befohlene Handlung ein Verbrechen oder Vergehen bezweckt (nämlich dann, wenn er sich hierüber klar war); straffrei bleibt aber unter allen Umständen die Begehung einer befohlenen Uebertretung.* Diese Auffassung ist die am meisten verbreitete und scheint mir auch der ratio legis zu entsprechen. Nanz[21] z. B. schreibt: Nach § 47 des deutschen Militärstrafgesetzbuches (der in dieser Beziehung gleich lautet wie der Art. 18 des Schweiz. MSGB), trifft den Untergebenen nur dann Mitverantwortlichkeit, wenn die befohlene Handlung ein sonst durch das Gesetz mit Strafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen bezweckte. War aber nur eine Uebertretung beabsichtigt, so ist der Vorgesetzte für die Handlung allein verantwortlich[22], auch wenn der Untergebene den rechtswidrigen Zweck erkannt hat. Ebenso beschränkt Nostitz die Strafbarkeit des Untergebenen auf die Fälle, wo ein Verbrechen oder Vergehen vorliegt[23]. Völlig richtig argumentiert Rieter: „Das Gesetz spricht nur von Verbrechen und Vergehen; für auf Dienstbefehl hin begangene Uebertretungen

[20] Mayer, S. 158.

[21] Nanz, S. 87.

[22] Die daraus gezogene Folgerung „und ist zur Ausführung des Befehls verpflichtet" ist unrichtig. Sie beruht eben auf der von uns abgelehnten Gleichsetzung von Unverantwortlichkeit und Verbindlichkeit. Das gleiche gilt von Gugger, S. 28: „Nach der Bestimmung des Gesetzes muss dem Befehl, welcher eine Uebertretung zur Folge hat, auch wenn diese für den Untergebenen klar ersichtlich ist, unbedingter Gehorsam geleistet werden."

[23] Auch er verfällt aber dabei in den Fehler, dass er statt nur Unverantwortlichkeit für die Uebertretungen eine Pflicht, sie auszuführen, annimmt (vgl. die vorige Anmerkung). Doch fügt er selbst bei: „Dies widerspricht zwar dem Rechtsgefühl."

wird daher der Untergebene nie verantwortlich gemacht. Die krassen Konsequenzen der herrschenden Auffassung, die die Verbindlichkeit eines Befehls erst in dem Moment negiert, in dem die Verantwortlichkeit beginnt, treten darin deutlich zutage, dass der Befehl zu einer Uebertretung in diesem Fall verbindlich erklärt würde. Soll der Untergebene rechtlich gezwungen sein, diese Uebertretung auszuführen, ansonst er Strafe für seinen Ungehorsam gewärtigen müsste?"

Es ist wohl nicht anzunehmen, dass die Aenderung des Ausdruckes „strafbare Handlung" des Vorentwurfs in die engere Bezeichnung „Verbrechen oder Vergehen" des Art. 18 eine rein zufällige und nur redaktionelle gewesen ist. Das Gesetz wollte vielmehr der geringeren Bedeutung der Uebertretungen Rechnung tragen: Ist eine Uebertretung befohlen, so wird in den meisten Fällen der Untergebene die Rechtswidrigkeit und sicher die Unverbindlichkeit nicht einsehen. Dies gilt vor allem von den militärischen Disziplinarverfehlungen. Hier soll in allen Fällen der Gehorchende gedeckt sein und die Schuldfrage für auf Befehl begangene Disziplinarfehler für ihn ohne Ausnahme ausgeschlossen sein; hier genügt es sicher, wenn nur der Vorgesetzte die Verantwortung trägt. Die Verletzung der Rechtsordnung ist hier meistens eine so geringe, dass ihr gegenüber die Autorität des Vorgesetzten so stark gelten darf, dass eine Schuld und entsprechende Strafe beim Gehorchenden grundsätzlich abgelehnt werden muss.

3. Den Bedenken, dass die neue Regelung des Handelns auf Befehl die Lage des Untergebenen allzusehr verschlimmere, steht schon in Art. 17 der Botschaft und des Vorentwurfes die Möglichkeit der *Strafmilderung* entgegen. In beiden Texten heisst es am Schluss des Artikels: „Der Richter kann die Strafe nach freiem Ermessen mildern" und wird auf Art. 43 (bzw. 47) verwiesen. Danach ist der Richter an die Strafart und das Strafmass, die für das Verbrechen angedroht sind, nicht gebunden. Es kann also, wenn schon grundsätzlich die Schuld des Untergebenen bejaht werden muss, immer noch die Bedeutung der militärischen Subordination genügend berücksichtigt werden; diese Bestimmung ist äusserst wertvoll für alle Grenzfälle, wo einerseits ein Irrtum beim Untergebenen nicht vorliegt, aber doch Umstände in Rechnung gezogen werden müssen, die einer Bestrafung entgegenstehen.

Nun begegnet uns aber etwas Sonderbares: Es ist noch nicht genug mit dieser Strafmilderung. Der Gesetzgeber geht noch

weiter und bestimmt, dass der Richter nicht nur die Strafe mildern, *sondern sogar von Strafe Umgang nehmen kann*. Dieser Schlußsatz ist von nicht geringer Tragweite, er scheint die an und für sich recht klare grundsätzliche Auffassung des Art. 18 zu durchbrechen und zu verwischen. Er hat denn auch im Parlament zu lebhaften Debatten geführt, und es ist sehr interessant, diese zu verfolgen:

Als diese Erweiterung von der Kommission des Nationalrates im Dezember 1926 vorgeschlagen wurde, fand sie sofort heftigen Widerstand. Nationalrat Huber sagte: „Der Ständerat versucht einen neuen Einbruch in das Prinzip; er erlaubt dem Richter, auch denjenigen freizusprechen, der genau gewusst hat, dass er sich mit der Ausführung eines bestimmten Befehls an einer strafbaren Handlung beteiligte. Das ist die Kapitulation des Strafrechtes, des bürgerlichen Staates vor dem Offizier. Wir haben hier einen interessanten Rest jener militaristischen Vorstellung des Kadavergehorsams. Ich weiss nun wirklich nicht, wie man das juristisch und moralisch überhaupt rechtfertigen kann, dass der Richter das Recht haben soll, einen Menschen von einem Verbrechen, das er in vollem Bewusstsein begeht, von der Strafe dieses Gesetzes freizusprechen. Da kommt die Einrede, ja dieser Mensch handelt eben unter dem Druck des Offiziers, er hat Angst vor den Konsequenzen, die er für den Ungehorsam eventuell zu gewärtigen hat. Besteht wirklich eine solche Gefahr, z. B. wenn der Offizier mit der Pistole in der Hand einen Befehl erteilt und sagt: ‚Wenn du das und das nicht tust, erschiesse ich dich', kann der Untergebene freigesprochen werden unter dem Titel des Notstandes nach Art. 26. Wenn der Offizier dagegen sagt, ‚Wenn du den und den nicht über den Haufen schiessest, werde ich dich in den Arrest führen lassen', dann ist das ein Fall, wo dem betreffenden Soldaten zugemutet werden darf und muss, dass er den Mord nicht begeht. Wenn er nicht weiss, dass er an einem Verbrechen beteiligt ist, kann der Soldat überhaupt nicht bestraft werden. Wenn er zwar bewusst an einem Verbrechen beteiligt ist, sich aber in einem Notstand befindet, kann er nach Art. 26 freigesprochen werden[24]". Etwas anderes ist nach Huber nicht nötig, in allen andern Fällen soll der Gehorchende eben bestraft werden. Wenn er sich nicht in einer ernstlichen Gefahr befindet und wenn er auch nicht meint, er sei zur Tat berechtigt, so soll er sich eben nicht darauf berufen, der andere habe ihm

[24] Sten. Bull., Nationalrat, Dezember 1926, S. 769 ff.

diesen Schritt befohlen. Das würde ja gerade das Prinzip des Art. 17 des Vorentwurfs wieder durchbrechen. Auch Prof. Logoz stellt sich auf diese Seite. Er misst zwar diesem Schlußsatz für die Praxis keine zu grosse Bedeutung bei, weil ja schon durch die Möglichkeit der Strafmilderung der Richter sich mit einer beliebig geringen Busse begnügen kann. Aber theoretisch weicht damit der Art. 18 doch zu stark vom Prinzip, das der Botschaft zugrunde liegt, ab und kommt wieder auf den alten Art. 30 zurück. Und Sigg sagt: Was der Ständerat vorschlägt, ist doch nichts anderes, als die Beibehaltung des bisherigen Zustandes in anderer Form. Es soll einfach auf dem Umwege über die Möglichkeit des Freispruchs das erreicht werden, was wir bisher hatten.

Die Gegner dieser völligen Straffreiheit argumentieren also so: Der Schlußsatz ist eine Rückkehr zur Auffassung des Art. 30. Diese hat aber die Botschaft aufgegeben. Darum braucht es keine solche Bestimmung mehr. Handelt der Täter schuldhaft, so wollen und sollen wir ihn strafen. Nicht schuldhaft handelt er nur in Irrtum oder Notstand.

Dagegen wird von der andern Seite eingewendet: Durch diesen Schlußsatz wollen wir keineswegs zum Art. 30 zurückkehren. Wir wollten nur dem Manne, der einen Befehl ausführt, möglichste Milderung angedeihen lassen. Zwischen dem Art. 30 und der jetzigen Fassung des Art. 17 besteht immer noch ein bedeutsamer Unterschied. Es ist nicht das gleiche, ob dem Untergebenen in den erwähnten Fällen die gänzliche Straflosigkeit gesetzlich garantiert ist, oder ob der Täter hier ausnahmsweise in besonders gearteten Fällen straflos gelassen werden kann. Es muss hier immer eine Prüfung des Tatbestandes nach der objektiven und subjektiven Seite vorausgehen. Es ist übertrieben und entspricht nicht den realen Verhältnissen bei uns, wenn immer wieder davon gesprochen wird, dass ein Offizier aus Mordlust seinen Untergebenen befehle, diesen oder jenen niederzuknallen, dieses oder jenes Haus anzuzünden. Man darf nicht mit solchen abstrusen, konstruierten Fällen argumentieren und den Anschein erwecken, als ob durch den Schlußsatz nun gerade diese straffrei bleiben sollten. Die weitaus grösste Zahl der vorkommenden militärischen Befehle betrifft leichtere Fälle, wo es schwieriger zu untersuchen ist, ob eine strafbare Handlung im Vollzug des Befehles liegt. Der Vorgesetzte oder Höhere, der durch Dienstbefehl eine strafbare Handlung vornehmen lässt, ist nach Art. 17, Abs. 1 als Täter strafbar. Bei der Beurteilung des Untergebenen soll aber grösste richterliche Freiheit bestehen. Nur

dann kann der Richter den ausserordentlich verschiedenen Fällen einer persönlichen Schuld des Untergebenen gerecht werden. „Lassen sie ihm also alle Möglichkeiten: er muss nicht freisprechen, er kann mildern, und kann sogar nicht mildern, wenn er findet, der Betreffende hätte sich die Tat näher überlegen sollen[25]". „Wenn der Richter durch das Gesetz gezwungen wird, in jedem Fall des Art. 17, Abs. 2 eine Strafe gegen den Untergebenen auszusprechen, sei es auch nur eine Geldbusse nach Art. 47, so besteht die Gefahr, dass der Richter, um eine ihm ungerecht scheinende Bestrafung nicht aussprechen zu müssen, es vorzieht, im Urteil dem Tatbestand Gewalt anzutun[26]", d. h. da Irrtum anzunehmen, wo tatsächlich keiner besteht.

Diese Ueberlegung scheint mir einer der triftigsten Gründe für den umstrittenen Schlußsatz zu sein. Nötig ist er sicher nicht, wenn man jede schuldhafte Befehlsausführung wirklich strafen will. Irrtum und Notstand bieten genügend Schutz für jene Fälle, die nicht bestraft werden sollen. Vielmehr bildet diese Bestimmung *tatsächlich eine Einschränkung des Art. 17 der Botschaft.* Dort war die Möglichkeit, dass eine nicht irrtümliche Ausführung eines rechtswidrigen Befehls auch straflos bleibe, nicht gegeben. Nach der heutigen Fassung kann aber der Richter, trotz Fehlen der objektiven Schuldlosigkeit wegen Irrtum, von einer Bestrafung Umgang nehmen[27]. Wann er davon Gebrauch machen wird, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Man kann freilich diese Regelung missbilligen und in guten Treuen juristisch eine andere Meinung haben[28]. Aber ich glaube doch, dass es nichts Schlimmes ist, dass diese Bestimmung aufgenommen wurde. Schliesslich entspricht es der heutigen Auffassung, dem Richter möglichst grosse Freiheit zu lassen und beim Handeln auf Befehl können ganz sicher auch bei der gründlichsten gesetzlichen Regelung Situationen auftreten, wo man froh ist, dem Richter ein weites Spielfeld gelassen zu haben. Selbstverständlich muss ihm in allen diesen Fällen eben das Vertrauen

---

[25] Seiler, Sten. Bull., Nachtrag Dezember 1926, S. 769.

[26] Geel, Sten. Bull., Ständerat, Frühjahr 1927.

[27] Was übrigens nicht gleichbedeutend ist mit Freisprechung. Vgl. über diese ganze Frage die interessanten Ausführungen bei Mettler, „Das Absehen von Strafe." Unter den dort angeführten Beispielen ist allerdings der Art. 18 MSGB nicht angegeben.

[28] Es mag aber auch nicht ganz unrichtig sein, wenn Geel sagt: „Es ist klar, dass die den Gegenstand der Differenz bildende Bestimmung nicht aus strafrechtlichen Gründen im Nationalrat angefochten und abgelehnt worden ist, sondern einzig wegen ihrer Rückwirkung auf den militärischen Gehorsam und damit auf die militärische Disziplin.

entgegengebracht werden, dass er solche Bestimmungen nicht missbräuchlich, sondern dem Sinne des Gesetzes entsprechend anwende.

4. Aus allem ist ersichtlich, dass der Art. 18 nicht so einfach ist, wie er auf den ersten Blick scheint. Er weist verschiedene Feinheiten auf, die nicht übersehen werden dürfen. Es drängt sich sogar die Frage auf, ob er nicht sogar zu kompliziert sei. Der Art. 30 hatte allerdings eine wesentlich einfachere Regelung geboten, die ihrerseits gerade wieder dieser Einfachheit wegen vielfach angegriffen wurde. Wenn wir ihm nun den Art. 18 gegenüberstellen, so wird uns erst bewusst, was für ein subtiles Gebilde dieser ist: auch hier ist der Befehlende verantwortlich; aber an der unbedingten Straflosigkeit des Gehorchenden ist nicht mehr festgehalten worden. Der Täter kann auch verantwortlich werden für die auf Dienstbefehl begangene strafbare Handlung. Das ist der grundsätzliche Unterschied zum Art. 30. Doch muss nun im Art. 18 vor allem gesagt werden, *wann* der Untergebene verantwortlich werden soll: nämlich dann, wenn er sich bewusst war, dass seine Handlung strafbar ist. Dabei wird aber gleich eine Einschränkung gemacht auf die Befehle, die ein Verbrechen oder Vergehen bezwecken; nicht für jede strafbare Handlung kann der Untergebene verantwortlich werden: Die Uebertretungen sind ausgeschlossen. Ausserdem kann der Richter für die noch übrigbleibenden Fälle der Strafbarkeit die Strafe nach freiem Ermessen mildern. Aber auch damit gibt sich der Gesetzgeber noch nicht zufrieden, er erlaubt dem Richter auch noch, für diese Fälle von Bestrafung abzusehen.

Fast möchte man ausrufen: „Lass' genug sein des grausamen Spieles!" Wenn Mayer mit seiner Ansicht recht hat: „Ein Militärstrafgesetz sollte keine Entscheidungsnormen aufstellen, die in Instruktionen nicht klargemacht werden können und daher als Normen des Verhaltens unbrauchbar sind[29]", so ist der Art. 18 sicher nicht viel wert. Man muss sich nur einmal vorstellen, was er für eine Verwirrung in einer Rekrutenschule, sowohl in den Köpfen der Soldaten, als auch im Geiste des bedauernswerten instruierenden Offiziers anrichten würde. Aber, darauf darf man wohl nicht abstellen; der Gesetzestext mit

[29] Mayer, S. 158. Aus dem gleichen Grunde nennt er die im geltenden Recht durchgeführte verschiedene Behandlung von Befehlen, die Verbrechen oder Vergehen anordnen, und solchen, die auf Uebertretungen gerichtet sind, einen Missgriff.

allen seinen Feinheiten ist für den Juristen, für den Richter da, der ihn auch allein anwenden muss, und nicht für den einfachen Soldaten; dieser erfährt aus anderer Quelle, was er tun und lassen muss[30].

Und doch will einem fast ein leises Lächeln entwischen, denkt man daran, mit welchem Schwung man gegen den Art. 30 vorgegangen ist. Er konnte kaum scharf genug angegriffen werden: „Kadavergehorsam", „blinde Gehorsamspflicht", „für einen Verband staatlicher Organe eine Schande" tönte es und als es zur Revision kam, sollte gründlich mit diesem veralteten Prinzip aufgeräumt werden. Aber schliesslich nahm man doch eine Einschränkung nach der andern vor, bis man sich Schritt für Schritt dem Art. 30 wieder soweit genähert hatte, dass streng genommen *in der juristischen Konstruktion nur noch ein recht kleiner Unterschied geblieben ist:* Nach Art. 30 *darf* der einem Dienstbefehl Gehorchende nie bestraft werden — nach Art. 18 *kann* er für Verbrechen oder Vergehen *unter Umständen* gestraft werden (nämlich, wenn kein Irrtum anzunehmen ist und der Richter ausserdem nicht von seinem Rechte, von Strafe abzusehen, Gebrauch macht).

Bei dieser Feststellung wird vielleicht der eine oder andere erleichtert aufatmen, der in dem Art. 18 eine mit den Erfordernissen der militärischen Disziplin unvereinbare Verschlechterung der Lage des Untergebenen erblickt hatte. Immerhin bleiben zwei Nachteile des Art. 18 bestehen:

Das ist einmal seine komplizierte Form, die aber, wie schon angedeutet, nicht vermag, inhaltliche Vorteile, welche anders nicht zu erreichen sind, zu überwiegen. Mir persönlich hätte allerdings die Formulierung des Art. 17 in der bundesrätlichen Botschaft besser zugesagt. Dort spricht der erste Absatz noch allgemein von „strafbarer Handlung", denn die Verantwortlichkeit des Höheren erstreckt sich eben auf alle strafbaren Handlungen, die Einschränkung der Verantwortlichkeit des Untergebenen auf Verbrechen und Vergehen muss erst im zweiten Absatz gemacht werden. Der Art. 18 dagegen nennt schon in Abs. 1 bei der Strafbarkeit des Vorgesetzten nur Verbrechen und Vergehen. Sodann findet sich in Art. 17 die Stelle: „Der Untergebene ist *nur* strafbar", während es in Art. 18 heisst: „*Auch* der Untergebene ist strafbar." Auf die Bedeutung dieses Unterschiedes ist schon einmal hingewiesen worden (oben S. 72).

[30] Damit soll freilich nicht gesagt sein, dass ein einfacher, klarer Text — ceteris paribus — einem komplizierten nicht vorzuziehen sei.

Wichtiger ist aber der zweite Nachteil: Dieser liegt in der Tatsache, dass die Verantwortlichkeit des Untergebenen von einem subjektiven Moment abhängig gemacht wird, eben davon, dass er sich bewusst war, an einem Verbrechen oder Vergehen mitzuwirken; irrte er sich hierüber, so bleibt er straflos. Dieser Irrtum über den Befehl bedeutet also für den Richter sehr viel. Irrtum ist aber etwas, das bis zu einem gewissen Grade vermieden werden kann. Je nach dem Grade der Aufmerksamkeit einer Person kann ein Irrtum leichter oder weniger leicht eintreten. Das Strafrecht schliesst beim entschuldbaren Irrtum die Zurechnung aus, wird aber den fahrlässigen Irrtum, bei welchem dem Täter der Vorwurf der Pflichtwidrigkeit gemacht werden muss, anders behandeln[31]. Für uns erhebt sich darum die Frage: Wann ist der Irrtum des Täters über den Befehl entschuldbar und als Schuldausschliessungsgrund anzurechnen? Muss der Täter etwas tun, und was muss er tun, um diesen Irrtum zu vermeiden? Hat er etwa die Pflicht, den Befehl zu untersuchen, auf seine Rechtmässigkeit zu prüfen?

Damit sind wir bei der viel umstrittenen Prüfung der Befehle durch die Untergebenen angelangt, die wir im nächsten § 8 näher betrachten wollen.

§ 8. Die Prüfung des Befehls durch den Untergebenen.

I. Allgemeines.

Grundsätzlich erhebt sich bei jedem Irrtum, der die Schuld und damit die Bestrafung eines Täters ausschliessen soll, die Frage, ob der Irrtum entschuldbar sei, oder ob dem Täter der Vorwurf der Pflichtwidrigkeit gemacht werden muss, ob der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhe[1]. Die strafbare Tat, die auf Befehl hin begangen wurde, haben wir entschuldbar erklärt durch den Irrtum, den der Befehl hervorzurufen geeignet ist. Liegt ein solcher Irrtum vor, so ist auch hier nach strafrechtlichen Grundsätzen zu prüfen, ob der Irrtum hätte vermieden werden können. Ein fahrlässiger Irrtum könnte also die Schuld des Täters auch hier nicht ausschliessen, sondern höchstens mildern. Daraus ergibt sich, dass ein Untergebener, der einen Be-

[31] Hafter, S. 181: Geht der Irrtum des Täters auf Fahrlässigkeit zurück, so ist der Schluss gegeben, ihm auch den deliktischen Erfolg zur Fahrlässigkeit zuzurechnen.

[1] Hafter, S. 180.

fehl erhält, in allen Fällen eine gewisse Sorgfalt aufwenden muss, um eine allfällige Rechtswidrigkeit des Befehls zu erkennen, mit andern Worten dass er eine Pflicht hat, den Befehl auf seine Rechtmässigkeit und Verbindlichkeit zu prüfen. In dieser Tatsache sieht man aber vom militärischen Standpunkt aus eine grosse Gefahr für die pünktliche Ausführung der Befehle und damit für die militärische Disziplin. Eine Gesetzesbestimmung, die eine solche Prüfungspflicht enthält, ist mit den militärischen Grundsätzen unvereinbar und abzulehnen.

Diese Befürchtung ist vielfach dem Art. 18 des neuen MSGB gegenüber geltend gemacht worden. Dem alten Art. 30 wurde der Vorzug gegeben, weil dort von einer Prüfung des Befehls durch den Untergebenen nicht die Rede sei. Zu dieser Frage ist aber doch folgendes festzustellen: Der Art. 30 schliesst die Strafbarkeit nicht für alle strafbaren Handlungen aus, sondern nur für die auf Dienstbefehl begangenen. Dadurch scheiden alle strafbaren Handlungen, welche nicht durch Dienstbefehl befohlen werden können, aus. Delikte, die der Untergebene auf einen Privatbefehl, d. h. auf einen Befehl, der nicht Dienstsache betrifft, begeht, machen ihn verantwortlich, und er kann sich nicht damit entschuldigen, auf Befehl eines Vorgesetzten gehandelt zu haben. Nun ist aber für diese Fälle, die der Gehorchende auch nach Art. 30 zu verantworten hat, Schuldausschliessung durch Irrtum denkbar: Der Täter hat die wirklichen Verhältnisse nicht erkannt, er war sich der Rechtswidrigkeit der Handlung nicht bewusst; oder er irrte sich über die Eigenschaft des Privatbefehls, er glaubte, es sei ein Dienstbefehl, den er ungestraft ausführen dürfe. Auch dieser Irrtum entschuldigt ihn nur, wenn er entschuldbar ist; auch in diesen Fällen wird also eine gewisse Sorgfalt verlangt werden müssen, um einen fahrlässigen Irrtum zu vermeiden. Insoweit kann man auch bei Art. 30 von einer Prüfungspflicht reden[2].

Was nun aber die Dienstbefehle allein anbetrifft, so ist es freilich richtig, dass bei Art. 30 die Frage der Prüfung des Befehls gar nicht aufgeworfen werden muss. Die schuldausschliessende Kraft liegt im Dienstbefehl selbst. Es wird auf seiten des Gehorchenden gar kein Irrtum über den Befehl vorausgesetzt, und somit ist auch keine Prüfung nötig, um einen Irrtum zu

[2] Rieter, S. 132: „Nach Art. 30 handelt es sich um die Prüfung, ob ein Dienstbefehl vorliegt oder nicht." Ebenso Gretener: „Die Prüfung, ob der Befehl von einem Vorgesetzten ausgeht und eine Dienstangelegenheit betrifft, ist selbstverständlich Recht und Pflicht des Untergebenen."

vermeiden. Der Richter hat nur den objektiven Tatbestand zu prüfen: Du hast ein Delikt begangen, es lag ein diesbezüglicher Befehl vor, dieser Befehl war ein Dienstbefehl — du wirst nicht bestraft. Mit der subjektiven Einstellung, mit der Gesinnung des Täters befasst sich der Richter nicht. Es ist gleichgültig, ob der Untergebene um die Rechtswidrigkeit des Befehls gewusst hat, und darum auch nicht nötig, dass er ihn prüft.

Anders sind dagegen die Verhältnisse beim Art. 18: hier wird auf den guten oder bösen Glauben des Untergebenen abgestellt. Erkennt der Untergebene die Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit des Befehls, so wird er für die Ausführung bestraft, dagegen schützt ihn der Irrtum über diese Eigenschaften des Befehls. Nun fragt es sich aber, ob auch im militärischen Unterordnungsverhältnis der Irrtum nur dann schuldausschliessend wirken soll, wenn er nicht hat vermieden werden können. Soll der Untergebene bestraft werden, wenn er sich zwar zur Ausführung eines Befehls verpflichtet glaubte, aber bei näherem Zusehen, bei vorhergehender Prüfung hätte erkennen können, dass er sich irrte? Schreibt der Art. 18 dem Untergebenen wirklich eine Pflicht vor, die Befehle zu prüfen?

II. Die Prüfungspflicht.

Bei dieser Frage werden vor allem die Forderungen, die von militärischer Seite gemacht werden, berücksichtigt werden müssen, denn es handelt sich hier um ein Problem, das für die militärische Disziplin ausschlaggebend ist.

In der Literatur (vor allem auch in der deutschen), finden wir die verschiedensten Meinungen vertreten. Die Frage wurde sowohl im Hinblick auf das öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnis, als auch vom rein militärrechtlichen Standpunkt aus betrachtet, und dementsprechend ist auch das Ergebnis nicht dasselbe.

Im Beamtenverhältnis wird unterschieden zwischen der Prüfungspflicht bezüglich der formellen und bezüglich der materiellen Rechtmässigkeit des Befehls. So z. B. Mayer[3], der sich auf die von Laband vertretene Lehre stützt: „Auszugehen ist von der Unmöglichkeit, die Prüfungspflicht auf den Inhalt des Befehls auszudehnen: sie erstreckt sich vielmehr lediglich auf die formelle Rechtmässigkeit der dem Beamten erteilten Befehle und

[3] Mayer, S. 140 ff. mit reichen Literaturangaben.

zerlegt sich in drei Fragen: Ist die befehlende Behörde kompetent, den Befehl zu erteilen? Ist der beauftragte Beamte kompetent, die ihm aufgetragene Handlung vorzunehmen? Ist der Befehl in der vorschriftsmässigen Form erteilt worden? Befolgt der Untergebene einen formell rechtswidrigen Befehl, den er für rechtmässig gehalten hat, so treffen ihn die Rechtsfolgen seines widerrechtlichen Einschreitens, ist ihm aber die materielle Rechtswidrigkeit eines formell rechtmässigen Befehls verborgen geblieben, so kann er nicht zur Verantwortung gezogen werden. Leicht konstatierbare Verletzungen von Entscheidungsnormen, wie die Ueberschreitung einer Zuständigkeitsgrenze, kann und muss der Untergebene erkennen; die schwere Prüfung, ob der Befehl materiell den Gesetzen entspricht, wird ihm nicht zugemutet, dazu ist er nicht verpflichtet."

Dass diese Ansicht auf das Beamtenverhältnis zugeschnitten ist, zeigt sich schon darin, dass das dritte Erfordernis, auf das der Befehl geprüft werden muss, die vorschriftsmässige Form ist. Wir haben gesehen, dass der militärische Befehl an keine Form gebunden ist, im Gegensatz zum Beamtenbefehl, und deshalb kann für die Rechtswidrigkeit nicht die Form als Kriterium aufgestellt werden. Allerdings haben wir auch beim militärischen Befehl eine formelle Rechtmässigkeit durch die Zuständigkeit der befehlenden Person umschrieben. Doch möchte ich die Prüfungspflicht bezüglich der formellen Rechtmässigkeit für den Dienstbefehl ablehnen, und zwar aus folgenden zwei Gründen: Einmal haben wir gesehen, dass die nur formell rechtswidrigen Befehle (d. h. also diejenigen, die keinen rechtswidrigen Inhalt haben, sondern nur einen Mangel in der Person des Befehlenden aufweisen) wohl unverbindlich sind, aber durch die Ausführung auf seiten des Untergebenen für diesen noch keine Rechtswidrigkeit begründen. Da die Prüfungspflicht aber nur den Zweck hat, zu verhindern, dass man sich fahrlässig einer rechtswidrigen Handlung schuldig macht, hat es gar keinen Sinn, sie hier zu verlangen. Sodann aber mag es für das Beamtenverhältnis wohl stimmen, dass der Untergebene die Ueberschreitung einer Zuständigkeitsgrenze immer erkennen kann und muss. Für das militärische Dienstverhältnis möchte ich das doch bezweifeln. Die Vorgesetztenverhältnisse können so rasch ändern, und so verschieden sein, dass man vom einfachen Soldaten wohl nicht verlangen kann, er müsse sich auf diesem Gebiete genau auskennen; besonders im Kriegsfall und bei gemischten Verbänden, würden durch die Aufstellung einer Prü-

fungspflicht über die formelle Zuständigkeit ganz unhaltbare Zustände geschaffen.

Mir scheint mit dieser Anerkennung einer Prüfungspflicht hinsichtlich der formellen, und Ablehnung hinsichtlich der materiellen Rechtmässigkeit nichts gewonnen. Da, wie wir oben gezeigt haben, die Prüfung in formeller Richtung wegfällt, bleibt nur noch die materielle Rechtmässigkeit zu untersuchen. Denn von einer Prüfungspflicht des Befehls auf seine Verbindlichkeit kann eigentlich nicht die Rede sein. Aus der Prüfung des Befehls wird sich immer nur seine Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit ergeben und nichts anderes. Wenn also jemand irrigerweise glaubt, ein rechtswidriger Befehl sei doch verbindlich, so kann er aus dem Befehl selbst mit dem besten Willen nicht mehr herauslesen, als dass er eben rechtswidrig sei. Der Irrtum, dass dieser rechtswidrige Befehl doch ausgeführt werden müsse, ist nicht mangelhafter Prüfung des Befehls zuzuschreiben, sondern höchstens ungenügender Kenntnis der Rechtslehre. Es wird von Fall zu Fall zu beurteilen sein, ob der Betreffende nach seinen persönlichen Fähigkeiten und seinem Bildungsgrad hätte wissen müssen, dass ein rechtswidriger Befehl nicht verbindlich ist. Wie verhält es sich nun aber mit der Prüfungspflicht der materiellen Rechtswidrigkeit des Dienstbefehls?

Diese ist in der Literatur fast allgemein abgelehnt worden, und dies, wie mir scheint, mit Recht. Man muss sich nur klar darüber sein, was Prüfungspflicht eigentlich bedeutet. *Prüfen ist eine Funktion des Verstandes, und zwar nicht ein zufälliges Erkennen, sondern ein absichtliches, gewolltes Ueberlegen.* In den meisten Fällen wird es eine gewisse Zeit erfordern. Vor allem aber verlangt die Prüfungspflicht des Befehls ob er rechtmässig sei, die stille Annahme, dass er auch rechtswidrig sein könnte. Ist diese Annahme durch die Prüfung beseitigt, so kann man erst die Ausführung des Befehls vornehmen. Denn wäre der Befehl wirklich rechtswidrig gewesen, so würde man durch die Ausführung schuldhaft handeln: „Hättest du den Befehl deiner Pflicht gemäss geprüft, so hättest du seine Rechtswidrigkeit sicher erkannt." Durch die Annahme der Prüfungspflicht wird begrifflich notwendig eine zweifelnde Einstellung gegenüber jedem Befehl geschaffen, die sich in mehr oder weniger deutlichem und dauerndem Zögern äussern wird, je nachdem der Befehl beschaffen ist.

Es ist nicht erstaunlich, dass gegen einen solchen, mit der Idee der militärischen Disziplin unvereinbaren Widerspruch Front

gemacht wird: „Eine prompte Befehlsausführung würde durch diese Prüfung unmöglich gemacht, Unsicherheit und Umständlichkeit würden sich in der ganzen Befehlsausführung breitmachen, und eine der schlimmsten Folgen wäre ein allmählicher Mangel an Vertrauen in die sichere Führung. Ja, die Möglichkeit der Kritik jedes zweifelhaften Befehls könnte schliesslich Vorwand zu jeder Insubordination abgeben. Eine rasche Befolgung der Befehle eines Vorgesetzten, ohne weitere Prüfung ihrer momentanen Berechtigung und ihrer Rechtmässigkeit, ist der Dienstpflicht immanent"[4].

„Aus der sofortigen und rücksichtslosen Ausführung des Befehls ergibt sich die Schlussfolgerung, dass dem Untergebenen kein Prüfungsrecht gegeben ist, ob der Befehl inhaltlich rechtswidrig sein mag oder nicht. Die Rechtswidrigkeit muss vielmehr klar und deutlich ersichtlich sein"[5].

„Ohne Festhaltung dieser Grundsätze wird für die Soldaten die Frage des militärischen Gehorsams zu kompliziert. Wohin sollte es bei uns kommen, wenn jeder Soldat auf seine Gefahr hin überlegen müsste, ob der Befehl eines Obern nicht ein Verbrechen involviere, statt augenblicklich zu gehorchen?"[6]

Diese Ueberlegungen sind völlig richtig: eine Prüfungspflicht der Befehle durch den Untergebenen muss rundweg abgelehnt werden. Vor allem deshalb, weil man nichts Unmögliches verlangen kann. Denn für weitaus die grösste Zahl der vorkommenden Dienstbefehle ist es für den Untergebenen rein unmöglich, deren allfällige Rechtswidrigkeit selbst durch die gründlichste Prüfung zu erkennen. Dies gilt schon für den Friedensdienst, wo in manchen Fällen erst das Gericht entscheidet, ob ein Befehl rechtswidrig war oder nicht. So z. B. bei den Delikten der Gefährdung der Gesundheit oder des Lebens der Untergebenen (Art. 70 MSGB). Hier hängt der rechtswidrige Charakter des Befehls nur davon ab, ob genügende dienstliche Veranlassung vorhanden war. Es ist wohl überflüssig, darauf hinzuweisen, wie unmöglich es wäre, die Entscheidung hierüber dem Untergebenen zu überlassen, wo selbst in den Gerichten die Meinungen schwanken können.

Noch viel deutlicher zeigt sich diese Unmöglichkeit der Prü-

[4] Rieter, S. 55.

[5] Gugger, S. 29.

[6] Ernst, S. 48. Die zitierten Stellen beziehen sich allerdings teils auf § 47 Deutsch. MSGB, welches aber grundsätzlich die gleiche Regelung trifft wie unser Art. 18.

fung des Befehls in Kriegszeiten, der Kriegsfall würde, selbst wenn vom Untergebenen keine Gesetzeskenntnis, sondern lediglich die gefühlsmässige Unterscheidung nach einem „tun dürfen" oder „nicht tun dürfen" verlangt würde, diesen vor unüberwindliche Schwierigkeiten stellen. Sein ganzes Empfinden ist orientiert nach den Rechtsbegriffen der Friedenszeit, im Kriegszustand nun, wo plötzlich die verschiedensten Handlungen, die vorher strafbar waren, erlaubt, ja sogar befohlen werden, muss ein solches, den Gehorsam unter Bedingungen stellendes Gesetz den grössten Schaden anrichten. Man muss dabei zum Beispiel nur an den Notstand der Disziplin des Art. 26 MSGB denken[7]. Die Tat, die ein Vorgesetzter im Krieg befiehlt, um bei Meuterei vor dem Feind, bei Zerfall der Disziplin sich Gehorsam zu verschaffen, wird dem prüfenden Untergebenen meistens zuerst den Eindruck der Rechtswidrigkeit erwecken[8]. Ob dann die Prüfung noch so weit geht, dass er einsieht, dass es eben einen sog. Notstand der Disziplin gibt, in welchem der Vorgesetzte zur betreffenden Tat nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet sein kann — wenn nämlich durch dieses Mittel allein der notwendige Gehorsam erzwungen werden kann —, ist sehr zu bezweifeln.

Die gleiche Ueberlegung kommt in der Botschaft zum Entwurf 1884 zum Ausdruck[9], wo es sich zum erstenmal darum handelte, die Strafbarkeit von der Kenntnis oder Nichtkenntnis der Rechtswidrigkeit abhängig zu machen: „Jeder solche Zusatz mutet dem Täter eine Beurteilung zu, die mit dem ersten Erfordernis erfolgreicher Kriegführung, raschem und nicht vorwiegend zur Ueberlegung neigendem Gehorsam in der ganzen komplizierten Maschinerie, in offenem Widerspruch steht. Reiterregimenter gegen überlegene Infanterie oder Artillerie ansprengen zu lassen, würde leicht vom Untergebenen als Wahnsinn betrachtet werden können[10] und ebenso ist über die Strafbarkeit einer Handlung, z. B. Uebergabe einer Festung, Abschluss einer Ka-

[7] Vgl. hiezu Kaegi: „Der Waffengebrauch des Militärs in der Schweiz", S. 60—70: Der Notstand der Disziplin.

[8] Z. B. es werden Maschinengewehre aufgestellt, um auf die zurückweichenden eigenen Truppen vorderer Linie zu schiessen, und sie zum Halten zu bringen. Oder es befiehlt der Bataillonskommandant in einem kritischen Moment seinen Offizieren, auf jeden Ausreisser zu schiessen. Von solchen Fällen hat man während des Weltkrieges hören können.

[9] Botschaft, 1884, S. 28.

[10] Aehnliche Beispiele sind auch bei dem heutigen Kampfverfahren durchaus denkbar (Angriff gegen Maschinengewehre, Durchschreiten von vergastem Gelände usw.).

pitulation oder den verräterischen Sinn einer Ordre ein verschiedenes Urteil denkbar.

Schliesslich ist auch noch folgendes zu bedenken: Wer garantiert dafür, dass das Resultat der Prüfung durch den Untergebenen immer richtig ist? Wenn man ihn aber verpflichtet, die Befehle zu prüfen, und er hält nun in guten Treuen einen rechtmässigen Befehl auf Grund seiner Prüfung irrigerweise für rechtswidrig und führt ihn darum nicht aus, so kann man ihn nicht strafen und doch blieb ein verbindlicher Befehl unausgeführt[11].

Aus allem ergibt sich, dass ein Militärstrafgesetzbuch eine Prüfungspflicht nicht verlangen darf. Das MSGB ist dazu bestimmt, das Rechtsleben der Armee zu regeln. Es versteht sich, dass es sich dabei den militärischen Verhältnissen anpassen muss; es hat vor allem den Anforderungen, die der Grundsatz der militärischen Disziplin stellt, zu genügen. Wo es die Eigenart des Zweckes der Armee verlangt, darf es nicht kleinlich an Ueberlegungen allgemein rechtlicher Natur haften bleiben, sondern muss vielmehr nicht davor zurückschrecken, wo nötig von dem bürgerlichen Strafrecht abzuweichen; darum ist es eben ein Militärstrafrecht, ein Sonderrecht. Wäre es nicht so, dann brauchten wir gar kein Militärstrafgesetzbuch, sondern könnten uns

[11] Zu einer grundsätzlichen *Annahme* der Prüfungspflicht des Inhalts des Befehls kommt Nanz (S. 89), und zwar über den sonderbaren Umweg der Ablehnung einer Prüfung der formellen Rechtmässigkeit, wie sie Laband und Mayer annehmen: „Für den zivilen Beamtendienst ist die Rechtmässigkeit eines Befehls ganz von der vorschriftsmässigen Form und der zum Erlass zuständigen Behörde abhängig. Bei dem von einem militärischen Vorgesetzten erteilten Befehl kann man aber nicht von einer eigentlich Form — im Sinne von Form beim Befehl im zivilen Beamtendienst — sprechen, so können militärische Befehle auch nicht formell, sondern nur materiell rechtswidrig sein. Da somit der Inhalt des Befehls ausschlaggebend ist, bildet er die Richtschnur für die Prüfung des Befehls auf seine Rechtmässigkeit hin seitens des Untergebenen."

Dass eine Prüfung bezüglich der formellen Rechtmässigkeit nicht in Frage kommt, ist auch unsere Meinung, aber damit ist noch nicht gesagt, dass nun eben notwendig in materieller Hinsicht geprüft werden müsse. Nanz fürchtet selber die Konsequenzen seiner Konstruktion, und schränkt deshalb sofort wieder die Prüfungspflicht ein auf ein Minimum; er verlangt, dass trotzdem sofort und unverweigerlich vollzogen werde, mit Ausnahme, wenn der Befehl offensichtlich eine Rechtsverletzung beabsichtige, die auch dem schlichten Verstande eines einfachen Soldaten nicht entgehen könne. Ja, damit bin ich vollkommen einverstanden, nur kann man hier eben nicht mehr von Prüfungspflicht reden in dem Sinne, wie wir Prüfung oben umschrieben haben: als ein gewolltes, absichtliches Hinwenden der Aufmerksamkeit auf jeden Befehl, auch auf solche und gerade besonders auf solche, bei denen die Rechtsverletzung von vornherein nicht offensichtlich ist. Etwas anderes ist kein *Prüfen* mehr, sondern ein *Erkennen* ohne Prüfung.

auch für die Armee mit dem ordentlichen bürgerlichen Strafgesetz begnügen[12]. Als eine solche Eigenart des Militärs muss auch die Disziplin gelten. Eine Pflicht zur Prüfung der Befehle ist mit der militärischen Disziplin unvereinbar; darum darf ein Militärstrafgesetz nie vorschreiben, dass der Untergebene nur dann gehorchen dürfe, wenn der Befehl des Vorgesetzten die Probe seiner Kritik bestanden hat. Der Art. 18 wäre daher unannehmbar, wenn er eine solche Prüfungspflicht dem Sinne oder Texte nach enthalten würde. Wenn man dem Begriff „Prüfungspflicht" nicht Gewalt antun will, sondern ihn so auffasst, wie er vom Gesetzgeber und vom Volk, von der Masse der Soldaten verstanden werden muss, so ist seine Ablehnung die conditio sine qua non für jeden, dem an einer schlagfertigen Armee etwas liegt.

Also: wie verhält es sich in dieser Beziehung mit unserem Art. 18?

Der Text des Vorentwurfes von 1916 (Art. 17) lautet: „Sieht der Täter jedoch ein *oder musste er einsehen,* dass der Befehl auf eine strafbare Handlung gerichtet ist, so ist er strafbar." Dieses „oder musste er einsehen" ist nun gerade das, was unverkennbar eine Prüfungspflicht in sich schliesst. Es entspricht vollkommen den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen über den Irrtum, aber es ist auch gerade einer jener Punkte, für die man im MSGB mit Rücksicht auf die militärische Disziplin eine abweichende Regelung unbedingt verlangen muss.

Das hat denn auch die Expertenkommission[13], die den Entwurf Hafters zu beraten hatte, sofort erkannt. Gautier wendet gegen den Satz: „Quand l'inférieur aurait dû se rendre compte" ein: „Un tel texte force presque le juge à admettre une présomption de culpabilité contre l'inférieur. D'après le projet, l'inférieur n'a pas le droit d'agir sans se poser des questions. Il est obligé, par la loi, de peser l'acte commandé." Im gleichen Sinne äussern sich auch Bolli und Logoz; und Kirchhofer sagt sehr treffend: „Es handelt sich darum, dass da, wo ein Befehl augenscheinlich auf ein Verbrechen abzielt, und wo der Untergebene sich hierüber klar war, derselbe nicht gehorchen darf, und tut er es, straf-

[12] Vgl. Lenzlinger, S. 5 ff.: „Begründung der Notwendigkeit einer besonderen Militärgerichtsbarkeit." Man hat das Strafrecht bezeichnet als das Knochengerüst des Staates. Das Militärstrafgesetzbuch könnte man bezeichnen als das Knochengerüst des Heeres. (Müller, Nationalrat, Sten. Bull., Oktober 1924.)

[13] Vgl. die Protokolle der Expertenkommission, April 1917.

bar ist. Die Bestimmung muss aber so gefasst sein, dass nur krasse Fälle darunter fallen, und dass sie nicht einen Vorwand für Insubordination bilden können. Es muss ausgeschlossen sein, dass der Untergebene in guten Treuen die Frage aufwirft, ob die befohlene Handlung strafbar ist oder nicht. Man soll aus der Vorschrift alles ausmerzen, was nach der Prüfungspflicht des Untergebenen hingeht. Darum ist das ‚einsehen muss' zu streichen."

Auf diese Einwendung hin erhielt der Art. 17 im Endergebnis folgende Form: „Wenn für den Täter nicht zweifelhaft war[14], dass er durch die Ausführung des ihm erteilten Befehls an einem Verbrechen mitwirkt, so ist er strafbar." Der Unterschied zugunsten des Untergebenen zwischen der ursprünglichen Form und der durch die Expertenkommission bereinigten Fassung ist unverkennbar und zeigt sich auch in dem Text des Art. 17 der Botschaft 1918, allerdings mit der kleinen, eigentlich nur redaktionellen Aenderung:

„Der Untergebene ist strafbar, *wenn er sich darüber klar war,* dass er ...." Diese Formulierung hat auch die Probe in den eidgenössischen Räten bestanden. Allerdings ging es auch hier ohne eine kleine Aenderung nicht ab: Die Fassung „wenn er sich darüber klar war", wurde abgeändert in „wenn er sich bewusst war", wie der heutige endgültige Text des Art. 18 nun lautet. Auch hier scheint der Unterschied ein geringer, redaktioneller zu sein. Doch wäre der Passus „wenn er sich klar war" vorzuziehen, wenn dieser Aenderung wirklich die Bedeutung zukommt, die ihr im Nationalrat beigelegt wurde. Müller[15] führte dort aus: Man will das Begehen unerlaubter Handlungen auf Befehl zurückdämmen. Man will, dass der Untergebene selbständig denke und eine Handlung nicht ausführe, von der er weiss, dass sie strafbar ist. Ich glaube, man hat angenommen, der Ausdruck „bewusst war" stelle in dieser Beziehung mehr Anforderungen an den Untergebenen zum selbständigen Denken, als der Ausdruck „wenn es ihm klar war". Der Unterschied ist aber sicher ein minimer, und als kleine Konzession an die Anhänger einer Prüfungspflicht wohl zu verzeihen. Erfreulich ist es aber, dass der Art. 17 jedem Bestreben, in ihm eine Prüfungspflicht aufzunehmen, selbst auch nur für den Instruk-

[14] Die in dieser Fassung noch einbezogene Ueberschreitung des Befehls ist nachher mit Recht fallen gelassen worden. Wir haben uns mit ihr daher nicht zu befassen.

[15] Siehe Sten. Bull., Nationalrat, Oktober 1924, S. 618 und 664

tionsdienst, wie es ein Minderheitsantrag Schär wünschte[16], widerstehen konnte. Er entspricht so den Anforderungen, die Bundesrat Häberlin im Nationalrat[17] in so feinen, treffenden Worten an ihn gestellt hat: „Der Schweizerbürger im Wehrgewand soll wissen, dass neue Pflichten ihn erfüllen, dass die Disziplin ihn nun beherrschen muss, wenn er der Aufgabe, die dem Heer und damit ihm als Einzelglied des Heeres gestellt worden ist, gerecht werden soll. Um das zu erreichen, haben wir allerdings den Standpunkt festgehalten: Der Soldat muss — und wenn ich von Soldaten spreche, verstehe ich darunter den General und den Füsilier — vor klare Pflichten gestellt sein, er darf nicht im Moment der Entscheidung vor Probabilitätserwägungen gestellt werden, ob er nun hüst oder hott gehen soll, sondern er muss wissen, dass es geradeaus geht, geradeaus führt ihn seine Pflicht. Und deshalb soll auch das Strafgesetz, wenn es eine Bedeutung haben soll, ein Strafgesetz mit klaren Bestimmungen bleiben und nicht zum Tummelplatz von Verteidigerkünsten werden."

Tatsächlich kann man im heutigen Art. 18, der den Passus „wenn er einsehen musste" nicht mehr enthält, keine Prüfungspflicht sehen. Sollte man darüber noch Zweifel hegen, so würden diese rasch und leicht zerstreut durch einen Blick auf den Werdegang des Artikels. Aus allen Verhandlungen ist deutlich und klar der Wille des Gesetzgebers erkenntlich: Keine Prüfungspflicht! Es ist doch etwas anderes, ob man für die Schuldausschliessung verlangt, dass man die Rechtswidrigkeit nicht hätte erkennen können, selbst wenn man mit der nötigen Sorgfalt oder mit einem gewissen Misstrauen den Befehl betrachtet und geprüft hätte oder ob es genügt, dass die Erkenntnis einfach da war oder nicht da war, dass die Rechtswidrigkeit von Anbeginn klar vor Augen trat. Für Art. 18 gilt unzweifelhaft das letztere: Die Rechtswidrigkeit musste offensichtlich, d. h. klar und deutlich ersichtlich sein, und nicht erst gesucht und gefunden werden. Wenn ein Untergebener eine Befehlsausführung damit entschuldigt: Ich habe nicht gewusst, dass ich es nicht tun darf, so kann man ihm nie entgegenhalten: Ja, aber wenn du den Befehl besser angesehen hättest, so wäre es dir bewusst geworden. Denn dazu ist kein militärischer Untergebener verpflichtet. Juristisch möchte ich das so formulieren: Im Militärstrafrecht verschiebt sich die Grenze des Irrtums, der als

[16] Siehe Sten. Bull., Nationalrat, Oktober 1924, S. 618 und 664.
[17] Siehe Sten. Bull., Nationalrat, Oktober 1924, S. 618 und 664.

Schuldausschliessungsgrund in Betracht kommt, weit in das Gebiet des fahrlässigen Irrtums hinein. *Schuldausschliessend wirkt hier jeder Irrtum, auch der fahrlässige Irrtum.* Es genügt die Feststellung, dass der einen Befehl Ausführende sich in einem Irrtum befand über die Rechtswidrigkeit seiner Handlung; wenn das feststeht, so braucht gar nicht untersucht zu werden, ob der Irrtum hätte vermieden werden können.

Schliesslich ist aber in diesem Zusammenhang noch eine Feststellung zu machen: Wenn das Gesetz nun einmal die Strafbarkeit des Untergebenen von einem subjektiven Moment, von seiner Schuld abhängig macht (im Gegensatz zum alten Art. 30), so hat der Richter eben in jedem einzelnen Fall die Schuld des Täters zu prüfen. Woran soll nun aber der Richter die Schuld des Täters erkennen? Wie soll er wissen, ob der Täter sich in einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit befand oder nicht? Ist er hier allein auf die Aussage des Täters angewiesen, auf dessen Aufrichtigkeit oder Unaufrichtigkeit?[18] Hier muss der *Richter* nun freilich zu einem objektiven Maßstab greifen. Er befindet sich aber dabei in keiner andern Lage, als bei jeder Prüfung der Zurechenbarkeit. Er hat bei jedem Irrtum die Voraussetzungen zu prüfen, und da man das menschliche Gewissen eben nicht sehen kann, muss er von Fall zu Fall entscheiden, ob ein Mensch von der Art des Täters *wissen musste,* dass er in Ausführung des Befehls eine strafbare Handlung begehe. Für den Richter freilich können wir nun dieses Merkmal „oder musste er wissen" nicht entbehren. Das scheint auch Stooss vorgeschwebt zu haben, als er in der Expertenkommission sagte: „Ich will nicht abstellen darauf, dass der Täter die Strafbarkeit der Tat eingesehen hat (wie wäre das zu beweisen?), sondern darauf, dass er sie hat einsehen müssen." Das ist eben offensichtlich als Richter gedacht; für ihn muss es aber nicht in das Strafgesetz aufgenommen werden, wo es nur für den Untergebenen unmögliche Wirkungen hervorruft. Der Richter hat bei jedem Irrtum zu untersuchen, ob der Täter nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen hätte erkennen können und müssen. Beim Handeln auf Befehl muss er aber eben daran denken, dass hier die Umstände

[18] Ernst, S. 50, frägt: „Wie will man im Zweifelsfalle beweisen, dass der Untergebene sich darüber klar war, durch die Befolgung des Befehls an einem Vergehen mitzuwirken", und Gautier in der Expertenkommission: „Mais comment le prouver et le savoir? Quel critère appliquer pour resoudre une telle question?"

und persönlichen Verhältnisse so sind, dass sehr leicht Irrtum vorkommen wird und dass darum auch der sonst fahrlässige Irrtum die Bestrafung ausschliesst, weil der Untergebene ja eben keine Pflicht hatte, den Befehl zu prüfen. Nur wenn die Rechtswidrigkeit so offensichtlich, so eklatant ist, dass der Richter annehmen muss, sie sei auch ohne jede Prüfung des Befehls erkannt worden, darf er strafen[19].

III. Das Prüfungsrecht.

Nostitz[20] macht die sicher ganz zutreffende Ueberlegung: Je weniger der Untergebene die Rechtmässigkeit eines ihm erteilten Befehls in Dienstsachen prüft, um so besser für ihn, um so sicherer entgeht er der Gefahr, wegen der Ausführung eines solchen zur Rechenschaft gezogen zu werden. Gewiss soll die ganze militärische Erziehung dahin tendieren, den Untergebenen zu gewöhnen, sich über die erhaltenen Befehle keine Gedanken zu machen. Selbst bei einem zweifelhaft scheinenden Befehl (ich erinnere wieder an den Notstand der Disziplin) soll der Untergebene bewusst die Prüfung unterlassen und sich mit der Ueberlegung begnügen: Ich habe einen Dienstbefehl erhalten, ich nehme an, er sei rechtmässig und führe ihn aus, das übrige geht mich nichts an. Diese Einstellung, diese Vermutung zugunsten der Rechtmässigkeit des Befehls soll ja die Ablehnung der Prüfungspflicht gerade ermöglichen. Nun liesse sich dieser Gedanke aber noch einen Schritt weiterführen und dann käme man dazu, dem Untergebenen überhaupt zu verbieten, die Befehle zu prüfen, mit andern Worten, auch das *Prüfungsrecht* abzulehnen.

Diese Konsequenz darf man aber doch nicht ziehen. Ein Prüfungs*recht* muss dem Untergebenen zuerkannt werden. Diese Auffassung ist auch in der Literatur die verbreitetste. Rein logisch ist es überhaupt ganz unmöglich, das „Prüfen" verbieten zu wollen. „Gedanken sind zollfrei"; jeder kann denken, was er will, man kann sich auch Gedanken über einen erhaltenen Befehl machen. Praktisch wird die Frage erst, wenn man dem Ergebnis der Ueberprüfung gemäss handelt, den Befehl ausführt oder nicht ausführt. Die Frage löst sich so: in der Annahme, dass rechtswidrige Befehle unverbindlich sind, liegt auch die Anerkennung eines Prüfungsrechtes. Würde man jedes Prüfungs-

[19] Mayer, S. 155: „Denn erst wenn es sich um Mord und Totschlag handelt, wagt der Soldat gewöhnlich, an der Verbindlichkeit von Befehlen zu zweifeln.

[20] Nostitz, S. 59.

recht ablehnen wollen, so würde das nichts anderes heissen, als dass man *alle* Befehle unbesehen ausführen müsse und dies würde uns auf die abgelehnte Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle zurückführen. Auch Mayer[21] schreibt: Die Unverbindlichkeit des materiellen rechtswidrigen Befehls und das ihr korrespondierende Prüfungs*recht*, dem eine Prüfungs*pflicht* nicht entspricht, darf ohne alle Scheu vor den Konsequenzen anerkannt werden.

Durch die Annahme eines Prüfungsrechtes stellt sich dagegen nur eine Frage, die praktisch von Bedeutung ist. Wenn der Untergebene von seinem Prüfungsrecht Gebrauch macht, so ist es möglich, dass er zu einem falschen Resultat kommt, nämlich, dass er einen rechtmässigen Befehl für rechtswidrig hält und ihn darum nicht ausführt. Es ist eben für einen Untergebenen gefährlich, sich in dieser Weise zum Hüter der Rechtsordnung aufzuwerfen, denn er trägt die Gefahr, dass er sich irrt. Er trägt die Verantwortung, wenn er in einem solchen Fall den Befehl nicht ausführt. Sein Irrtum kann ihn meiner Ansicht nach nicht entschuldigen. Er hatte ja keine Pflicht, den Befehl zu prüfen, sondern hätte ruhig der besseren Einsicht des Vorgesetzten vertrauen dürfen. Er muss sich also wohl den Vorwurf gefallen lassen: Hättest du nur den Befehl ausgeführt, ohne ihn zu prüfen, dann hätte dich auch keine Strafe getroffen, wenn er wirklich rechtswidrig gewesen wäre. Wenn das Resultat deiner Prüfung falsch ist, so hast du das zu verantworten; es hat dich ja niemand geheissen, zu prüfen.

Soviel soll zur juristischen Seite dieser Frage gesagt sein. Die Auswirkungen in praktisch-militärischer Beziehung werden im folgenden letzten Paragraphen noch zu behandeln sein.

§ 9. Schlussbetrachtungen.

Wertung der heutigen Regelung vom militärischen Standpunkt aus.

I. Die militärischen Erfordernisse.

Nachdem wir im Verlaufe dieser Arbeit die Frage des Handelns auf Befehl in juristischer Beziehung wohl nach allen Richtungen hin betrachtet und geprüft haben, bleibt uns nun noch zu untersuchen, ob das juristische Gebilde auch mit den Erfordernissen der Praxis, des militärischen Lebens in Einklang gebracht werden könne.

[21] Mayer, S. 143.

Die Grundidee des Art. 18 ist verschiedentlich angegriffen, und der alte Art. 30 mit der grundsätzlichen Verantwortungslosigkeit des gehorchenden Untergebenen vorgezogen worden: Den militärischen Bedürfnissen genüge der Art. 18 nicht; durch den Art. 30 werde das Rechtsgefühl in keiner Weise verletzt: „Eine andere Ordnung ist nicht nötig, denn es genügt, dass der Vorgesetzte bestraft wird, um den Bedürfnissen des Strafrechts zu genügen"[1] und „der Vorgesetzte wäre als Alleintäter für die rechtswidrige Handlung, wenn möglich unter Verschärfung nach Massgabe seines Grades, strafbar. Auf diesem Wege wäre sowohl der rechtlichen Forderung nach Sühnung einer rechtswidrigen Handlung, als auch dem Postulat nach unbedingtem Gehorsam Genüge getan"[2]. Wir haben schon einmal darauf hingewiesen, dass dieser Auffassung nicht beizupflichten ist. Es genügt eben nicht, dass überhaupt einer bestraft wird, sondern das Strafrecht will denjenigen fassen, der schuldhaft rechtswidrig handelt; das kann aber sicher auch der einen Befehl ausführende Untergebene sein. Diesen nur mit der Begründung, dass ja der Vorgesetzte verantwortlich sei, in diesen Fällen ohne Strafe ausgehen zu lassen, widerspricht eben doch dem Rechtsgefühl.

Wie steht es denn eigentlich mit diesem „Postulat des unbedingten Gehorsams?" Was verlangt das militärische Interesse? Welche Anforderungen stellt das militärische Leben an solche Gesetzesbestimmungen?

Sicher liegt weder der unbedingte noch der blinde Gehorsam im militärischen Interesse! Mit diesen Ausdrücken ist vielfach eine grosse Verwirrung angerichtet worden, indem man sie als Schlagwörter anwendete, ohne sich klar zu sein, was sie eigentlich — genau genommen — bedeuten. Bald braucht man „unbedingten Gehorsam" im eigentlichen Sinne, d. h. allen Befehlen, auch den rechtswidrigen, gegenüber. Bald aber wieder im Sinne der militärischen Erziehung, so wie er in den Reglementen vorkommt, wo er sich nur auf die rechtmässigen Befehle bezieht. Nur aus dieser verschiedenen Anwendung des Ausdrucks „unbedingter Gehorsam" lässt es sich erklären, dass Nanz[3] folgenden widerspruchsvollen Satz schreiben konnte: „Der Gehorsam soll also

[1] Gabuzzi, Protokoll der Expertenkommission vom 13. April 1917
[2] Ernst, S. 47.
[3] Nanz, S. 37. Dabei ist aber aus der ganzen Arbeit von Nanz ersichtlich, dass er doch den unbedingten Gehorsam im eigentlichen Sinne ablehnt. Siehe S. 29, 38, 70 und 89.

unbedingt sein, jedoch nicht blind, mit andern Worten, es soll kein Kadavergehorsam herrschen." Wenn wir den unbedingten Gehorsam als Gehorsam gegenüber allen Dienstbefehlen betrachten, so bedeutet das Postulat des unbedingten Gehorsams eben blinden Gehorsam, Kadavergehorsam. Und Nanz würde sich selbst widersprechen.

Ich möchte vielmehr sagen: Der Gehorsam soll weder unbedingt noch blind sein!

Den unbedingten Gehorsam haben wir schon seiner juristisch unmöglichen Konstruktion wegen abgelehnt, er setzt verbindliche rechtswidrige Befehle voraus. Aber auch im Interesse des Militärs könnte ein solcher unbedingter Gehorsam nicht begründet sein; auch vom militärischen Standpunkt aus liesse sich die Forderung eines rechtsverbindlichen rechtswidrigen Befehls nicht rechtfertigen. Man würde dem Soldaten alle Freudigkeit und Hingabe nehmen, wenn man von ihm verlangte, Handlungen zu begehen, deren Strafbarkeit er erkennt, und sein innerstes Rechtsgefühl müsste sich dagegen empören, wegen Ungehorsam bestraft zu werden, wenn er einem verbrecherischen Befehl nicht Folge geleistet hat. Die Schädigung der Disziplin liegt im verbrecherischen Befehl selbst und wird durch die Forderung, diesem Befehl nachzukommen, nicht beseitigt. Mayer schreibt sehr treffend: „Die Unverbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls bringt allerdings die Disziplin in eine Notlage, aber daran ist einzig und allein die Untüchtigkeit des Vorgesetzten schuld. Am stärksten ist der Vorgesetzte belastet, wenn er trotz besseren Wissens die gesetzwidrige Weisung erlassen hat. Unter solchen Umständen Gehorsam zu verlangen, das hiesse die Sorgsamkeit, die Gesetzes- und Diensttreue des untern Beamten einem untreuen oder unbrauchbaren obern Beamten opfern. Alle beteiligten Faktoren würden darunter leiden, auch die Autorität, die man festigen will.

Ebenso unbrauchbar ist der blinde Gehorsam. Der blinde Gehorsam wäre das Gegenstück zur Ablehnung des Prüfungsrechtes[4]. Mit der Anerkennung eines Prüfungsrechtes können wir auch nicht mehr von blindem Gehorsam reden. So sehr man einerseits wünschen muss, dass der Untergebene von dem Prüfungsrecht bezüglich der Rechtmässigkeit oder Verbindlichkeit des Befehls wenig Gebrauch mache, so sehr muss man anderseits verlangen, dass er das Befohlene in militärischer Hinsicht

[4] Siehe oben, § 7, III.

nicht gedankenlos und mechanisch ausführt; er soll nicht blind gehorchen, sondern vielmehr die Augen offen halten. Man soll von einem Untergebenen verlangen können, dass er in den Geist des Befehls einzudringen versucht, sich in den Gedankengang seines Vorgesetzten einzuleben trachtet und so handelt, wie es dessen Absicht entspricht. Dies wird vor allem bedeutend im Felde. Hier soll der Untergebene sogar so weit gehen können, dass er entgegen dem Wortlaut des Befehls handelt. Das kann seinen Grund einerseits im Befehl selbst haben: auch Vorgesetzte sind unvollkommene Menschen, die Formulierung eines Befehls kann so sein, dass die wörtliche Ausführung nicht sinngemäss wäre. (Wohl die meisten militärischen Vorgesetzten werden sich an Fälle erinnern können, wo sie sehr froh waren, dass ein Untergebener nicht „blind" gehorchte, und den Befehl nicht wörtlich ausgeführt hatte!) Anderseits aber wird jeder Befehl unter der stillschweigenden clausula rebus sic stantibus gegeben. Haben sich die Verhältnisse zwischen Befehlsgebung und Befehlsausführung geändert, so kann die Ausführung des Befehls, der ja auf durchaus unrichtigen Voraussetzungen beruht, gerade den entgegengesetzten Erfolg haben als den, den der Befehl herbeizuführen wünschte. Erkennt daher der Untergebene, dass der Vorgesetzte bei Erteilung des Befehls offenbar von falscher Voraussetzung ausgegangen ist, so hat er das bei der Ausführung des Befehls zu berücksichtigen[5]. Die „Unterwerfung des eigenen Willens unter den Willen des Vorgesetzten", welche in Art. 10 des Dienstreglements verlangt wird, soll keine knechtische Unterwürfigkeit des Geistes, keine stumpfsinnige Ergebenheit sein, sondern im Gegenteil das Produkt wackerer militärischer Denkungsart[6].

Unbedingter und blinder Gehorsam wird nie im militärischen Interesse liegen! Vor allem nie in einer Milizarmee, bei der jeder einzelne Soldat auch als Bürger am zivilen Leben, an der Politik, am Gedeihen des Staates und des Rechtes Anteil nimmt. Der Kontrast zwischen Militärdienst und Zivilleben wäre zu gross.

Nein, was eine wahre Disziplin begründet und erhält, ist nicht ein erzwungener, blinder Gehorsam, sondern ein *festes gegensei-*

[5] Vgl. die sehr guten Ausführungen bei Nostitz, S. 74 ff. Die Kriegsgeschichte liefert unzählige Beispiele dafür, dass der Erfolg einer Unternehmung vom freien Handeln der Unterführer, auch gegen Befehl, abhängig war (s. Nostitz, S. 75, Botschaft 1884, S. 28) und vor allem zeigte sich das wieder im vergangenen Weltkrieg, wo man im österreichischen Heer sogar so weit gegangen ist, eine besondere Auszeichnung für erfolgreiches Handeln gegen Befehl zu verleihen.

[6] Gertsch: Disziplin oder Abrüsten, S. 5.

tiges Vertrauen zwischen Vorgesetztem und Untergebenem. „Offizier und Mann müssen ‚zwei Männer', und diese zwei Männer Pflichtmenschen sein; erfüllte Pflicht ist ebenso der Befehl, wie der Gehorsam. Letzterer ist meist leichter zu leisten, als ersterer mit voller Verantwortung zu geben. Aber die Pflichterfüllung reicht allein nicht aus. Können und Wissen müssen dahinterstehen, Fachkenntnis für den Führer und Fachkenntnis für den Geführten, denn diese begünstigen das, was Grundlage sein und bleiben muss: das Vertrauensverhältnis! Aus diesem Vertrauensverhältnis entspringen Kameradschaft, Mut, Tapferkeit und Hingabe an die grosse Sache: einer für alle und alle für einen, der Ausfluss stärksten Vertrauens einer soldatischen Gemeinschaft[7]." Nur auf dieser Vertrauensgrundlage ist die wahre Disziplin, der freudige Gehorsam, die Disziplin von innen heraus möglich. Die Autorität, die einem Vorgesetzten kraft Gesetz zusteht, ist je nach seinem Grad und Kommando genau begrenzt. Diese gesetzliche Autorität entspricht der Dienstgewalt, sie geht so weit, als das Gesetz dem Vorgesetzten ein Recht gibt, Gehorsam zu verlangen, so weit, als das Gesetz den Ungehorsam gegen Befehle dieses Vorgesetzten mit Strafe bedroht. Auch diese gesetzliche Autorität ist eine nötige Grundlage für die militärische Disziplin; ohne Strafandrohung wird man nicht auskommen, solange die Menschen nicht vollkommen sind. Aber diese gesetzliche Autorität genügt nicht allein. „Sie reicht nur so weit, als es noch Arrestlokale gibt." Sie muss ergänzt werden durch die *persönliche Autorität:* diese ist die Macht und das Ansehen der Person, welches nicht auf Gesetzesvorschrift beruht, sondern auf den persönlichen Fähigkeiten, dem Können und Wollen des Vorgesetzten. Nur wo diese persönliche Autorität sich mit der gesetzlichen zu einem einheitlichen Ganzen verbindet, ist die wahre Disziplin vorhanden. Dann kann der Führer in schwersten Lagen nicht nur auf Gehorsam, sondern auch auf Hingebung zählen; nur der Führer, dessen persönliche Autorität eine solche Macht ausübt, wird mit seiner Truppe nicht ins Wanken kommen, wenn für eine kurze Zeit ihn das Missgeschick heimsucht[8]. In einem in dieser Art disziplinierten Heere ist das Vertrauen in die Notwendigkeit und Rechtmässigkeit der Befehle des Vorgesetzten tief eingewurzelt, Gehorsam gilt als selbstverständlich, und Ungehorsam wird als unmöglich betrachtet.

[7] Kaiser: Offizier und Mann, Allg. Schweiz. Mil. Ztg. 1929, Nr. 3, S. 124.
[8] Gugger, S. 8.

II. Der Art. 18 in der Praxis.

Die heutige Regelung wird diesen Anforderungen, die das Militär hinsichtlich des Handelns auf Befehl an das Strafgesetz stellt, vollauf gerecht. Der juristische Mangel des Art. 30 besteht nicht mehr, nämlich, dass selbst in Fällen, wo die Schuld des Untergebenen feststeht, dieser straffrei bleiben muss. Dass für diesen Nachteil juristischer Natur nicht etwa Nachteile militärisch praktischer Natur eingetauscht werden, dafür haben nun allerdings die Militärgerichte zu sorgen. Die Gefahren des Art. 18 liegen nicht in ihm selbst, sondern in der Möglichkeit unrichtiger Auslegung und Anwendung. Zwei Gedanken müssen hier wegleitend sein:

Der Art. 18 stellt keine Prüfungspflicht auf. Eine Prüfungspflicht steht dem Vertrauen diametral entgegen; wenn der Untergebene in die Befehle des Vorgesetzten Vertrauen haben soll, so kann man nicht gleichzeitig von ihm verlangen, dass er sie auf ihre Rechtmässigkeit hin prüfe. Ohne gegenseitiges Vertrauen ist aber keine ideale Disziplin denkbar. Ferner:

In der Annahme eines entschuldbaren Irrtums muss der Richter sehr weit gehen. Die Furcht vor der Bestrafung im Falle der Befolgung eines rechtswidrigen Befehls darf nicht bewirken, dass die Ausführung aller Befehle, und nicht einmal der zweifelhaften, darunter zu leiden hat. Darum ist eben vor allem vor einer falschen Instruktion der Truppe zu warnen: Auch unter dem Art. 18 ist erste Pflicht des Untergebenen: Gehorsam. Der Soldat soll unbedenklich weiter dahin instruiert und belehrt werden, dass er ohne Zögern die Befehle seiner Vorgesetzten ausführen muss, er soll Vertrauen in seine Obern setzen; wenn man dann als selbstverständlich beifügt, dass ein Befehl, der offensichtlich ein Verbrechen verlange, nicht ausgeführt werden dürfe, so wird das ohne weiteres jedem gerecht fühlenden Soldaten plausibel sein und zu keinem Bedenken Anlass geben. Diese klaren militärischen Grundsätze genügen vollauf für die Instruktion der Truppe. Die feinere, vielleicht etwas komplizierte Formulierung des Art. 18 ist für den Richter da und nicht für den Soldaten. Dem Richter will der Art. 18 die Möglichkeit geben, jedem speziellen Fall völlig gerecht zu werden.

Wenn wir uns in der Praxis umsehen, so fällt uns auf, dass der Art. 30, wie der Art. 18 zu jenen Gesetzesbestimmungen gehören, die sehr selten Anwendung finden. In der Sammlung

der Entscheidungen des Militärkassationsgerichtes von 1915 bis 1925 z. B. findet sich gar kein Entscheid betr. den Art. 30 und in der Sammlung von Entscheiden der Militärgerichte (August 1914 bis Januar 1916) ist nur in zwei Fällen der Art. 30 zur Anwendung gekommen[9]. Bekannt ist ferner aus der Zeit der Grenzbesetzung die Benkener-Affäre vom 6. Juni 1917[10]; und ein Entscheid über den heute geltenden Art. 18 ist überhaupt noch nicht bekannt. Darin ist aber nicht etwa ein Argument zu erblicken, um dem Art. 30 den Vorzug zu geben, wie es Ernst tut[11]: „Es wird unleugbar im militärischen Leben hie und da Fälle geben, wo eine befohlene Handlung ein Vergehen involviert. Diese strafrechtlichen Uebergriffe werden aber seltene Ausnahmen sein und sollte nicht ihretwegen die Gehorsamsleistung verzögert oder gar unterbunden werden." Man darf die Notwendigkeit der rechtlich einwandfreien Regelung nicht von der Häufigkeit des Vorkommens der betreffenden Fälle abhängig machen. Uebrigens zeigt es sich, dass gegenüber dem Instruktionsdienst die Fälle des Begehens einer strafbaren Handlung auf Befehl schon während des letzten Aktivdienstes der schweizerischen Armee häufiger geworden sind (das erklärt sich aus der längeren Dauer des Dienstes und aus der wichtigeren Aufgabe, die der Truppe in jener Zeit gestellt war), und sicher werden sie im Kriegsfalle erst recht grosse Bedeutung erlangen. Ein Bericht über die von deutschen Truppen verübten Gewalttätigkeiten[12] führt hier eine Fülle interessanter Beispiele von strafbaren Handlungen, die auf Dienstbefehl begangen wurden, an. Hier handelte es sich auch häufig um schwerere Delikte, Brandstiftung, Erschiessung, Gefangennahme und Sachbeschädigung usw. Besonders interessant sind für uns etwa folgende Stellen: „Einige Offiziere, welche die Aufgabe ausführten, taten dies widerwillig und sagten, sie hätten den Befehlen ihrer Vorgesetzten zu gehorchen." „Ich handle nur den mir erteilten Befehlen

[9] Divisionsgericht II b, 8. April 1915 und Divisionsgericht II b, 22. April 1915. Aus der Vorkriegszeit ist am bekanntesten ein Fall des Divisionsgerichtes VI in St. Gallen (17. April 1912, der unter dem Namen „Herisauer Affäre" bekannt ist), siehe bei Ernst, S. 51.

[10] Ernst, S. 53.

[11] Ernst, S. 47 und 49.

[12] Es handelt sich um einen Bericht (1915) einer von der englischen Regierung eingesetzten Kommission, der für die deutschen Truppen allerdings sehr ungünstig ausfällt. Ueber seine Objektivität kann man natürlich mit Fug und Recht verschiedener Ansicht sein. Ob alle die zitierten Fälle vorgekommen sind, und so vorgekommen sind, wie sie geschildert werden, kann dahingestellt bleiben. Aber rein juristisch betrachtet sind es immerhin recht interessante Beispiele, die vorkommen könnten.

gemäss und würde erschossen werden, wenn ich sie nicht zur Ausführung brächte." So sagte ein Offizier einem Zeugen in Löwen. Ein anderer Offizier sagte in Brüssel: „Ich habe noch nicht den hundertsten Teil dessen getan, was uns von den höheren deutschen Militärbehörden anbefohlen war." Auch wenn man diese Berichte mit Vorbehalt aufnehmen muss, so sind diese Ereignisse doch ein Beweis, dass der Ausschluss der absoluten Straffreiheit für Handlungen auf Befehl noch lange nicht die Disziplin untergräbt und die pünktliche Ausführung der Befehle in Frage stellt, sonst wäre hier wohl mancher Befehl unausgeführt geblieben[13]. Gerade hier zeigt es sich, dass der Soldat im Kriege froh ist, wenn er die Befehle nicht noch überprüfen muss, er führt sie einfach aus und vertraut auf den Vorgesetzten. Das Risiko der Bestrafung wegen Nichtausführung eines Befehls ist für ihn immer noch grösser als wegen der Ausführung eines rechtswidrigen Befehls. Man muss den Soldaten hier eben psychologisch betrachten; wie fühlt, wie empfindet, wie denkt der Soldat im Friedensdienst oder im Felde? Dabei wird man auch einen Unterschied zwischen dem gemeinen Soldaten und dem höheren Untergebenen, dem Offizier, machen müssen; auch Offiziere, hohe Offiziere, sind Untergebene. Für sie ist die Grenze des entschuldbaren Irrtums über die Rechtmässigkeit oder die Verbindlichkeit eines Befehls enger zu ziehen als für den gemeinen Soldaten. Dies im einzelnen Falle zu entscheiden ist aber Sache des Richters. Er steht nicht immer vor einer leichten Aufgabe: um ihr möglichst gerecht zu werden, muss er bestrebt sein, nicht nur die Vorschriften und Gesetze zu kennen, sondern auch den Täter, den Untergebenen in seinem subjektiven Empfinden und Erleben zu verstehen und zu würdigen[14].

Die Anwendung des alten Art. 30 hat wohl für den Richter keine grossen Schwierigkeiten geboten; die feinere Konstruktion des Art. 18 ermöglicht aber ein juristisch einwandfreies Resultat, ohne dass er — richtige Anwendung im Sinne der in dieser Arbeit klargelegten Grundsätze vorausgesetzt — den militärischen Bedürfnissen nicht ebenso entsprechen würde. Die

[13] Bekanntlich regelt das deutsche MSGB das Handeln auf Befehl gleich wie unser Art. 18.

[14] In dem Artikel „Kriegswissenschaft und Kriegserlebnis" hebt Muff den Wert der Kriegsliteratur für die Beurteilung des Kriegserlebnisses hervor: „Kriegserfahrungen lassen sich in Regeln fassen und in Vorschriften aufbewahren. Das Kriegserlebnis aber kann nicht in Kapiteln und Ziffern lebendig erhalten werden. Der Festlegung durch Vorschriften entzieht es sich. Um nacherlebt werden zu können, muss fremdes Erlebnis erst Gestaltung finden. Das ist Aufgabe und Wirkung des Kunstwerks."

Bedeutung der grossen Freiheit, die der Art. 18 dem Richter bietet, kann nur von gutem sein. Wir dürfen vor dieser Erscheinung heute nicht mehr zurückschrecken. Ständerat Geel[15] führt hiezu sehr treffend aus: „Freilich steigern sich mit der Erweiterung der gesetzlichen Beurteilungsregeln auch die Anforderungen an die Einsicht und Charakterstärke der Militärrichter. Wer selber den Richterberuf ausübt, weiss den Wegfall zu engen strafgesetzlichen Bindungen zu würdigen, kennt die grosse Verantwortlichkeit, aber auch den ethischen Wert und die Hebung des richterlichen Gewissens, wenn das Strafgesetz dem Richter erlaubt, dem unerschöpflichen Wechsel der Gestaltung der einzelnen Fälle und der subjektiven Schuld wirklich gerecht zu werden. Die Aufgabe der Militärgerichte wird durch das neue Militärstrafgesetz nicht leichter werden, aber dafür zu einer Rechtsprechung führen, die mit dem allgemeinen Volksempfinden über menschliche Gerechtigkeit im Einklang steht."

[15] Sten. Bull., Ständerat, April 1921, S. 171.